

**"LA IMPRUDENCIA GRAVE EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD
SANITARIA. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES".**

**FERNANDO BENTABOL MANZANARES
FISCAL DE LA FISCALIA PROVINCIAL DE MALAGA**



Curso "Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la
imprudencia médica", 18 y 19 de abril de 2017

INDICE

1. INTRODUCCION
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN
 - 1.1 Antecedentes históricos
 - 1.2 Estado actual de la cuestión
3. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL AMBITO PENAL.
4. EL DELITO IMPRUDENTE. LA IMPRUDENCIA MEDICA
 - 4.1 Acción u omisión
 - 4.2 Comisión por omisión
 - 4.3 Infracción del deber de cuidado
 - 4.3.1 El deber de cuidado objetivo
 - 4.3.2 El deber de cuidado subjetivo
 - 4.3.3. El deber de cuidado en la intervención de varios profesionales de la sanidad: división del trabajo y principio de confianza.
 - 4.4 Elemento psicológico: la previsibilidad
 - 4.5 El resultado. Relación de causalidad
5. DELITOS IMPRUDENTES. MODALIDADES DE LA IMPRUDENCIA
 - 5.1 Imprudencia grave
 - 6.1 Imprudencia profesional
6. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

RESUMEN

A la hora de hablar de imprudencia médica, es necesario centrar el tema correctamente, y ello no es posible sin una breve reseña histórica- que permite ver cómo ya desde antiguo había una preocupación en la sociedad del tiempo por esta materia-, y una reflexión sobre la imprudencia en general, sus elementos y su aplicación al ámbito médico, para centrarnos por último en el núcleo de esta ponencia, cuales son las imprudencias graves de los médicos, y concluimos con una breve reseña de sentencias que nos permitan distinguir de forma clara la imprudencia grave de la profesional, y luego distintos casos de imprudencias graves en distintas especialidades médicas.

1. INTRODUCCION

No puedo empezar esta ponencia sin referirme a la oportunidad de organizar un curso sobre esta materia para Fiscales, al tratarse de una materia que ha venido estando un tanto abandonada por los profesionales de la Justicia, sin pararse a pensar en la importancia que tiene la correcta actuación de los Tribunales en una materia tan importante socialmente como es la salud de los ciudadanos, y la correcta actuación de los profesionales sanitarios hacia aquellos.

Así frente al tradicional paternalismo médico derivado de la infalibilidad del profesional, ha venido imponiéndose una marcada tendencia hacia la autodeterminación personal, derivada de los derechos que la constitución reconoce a todo ciudadano y, por tanto, a la necesidad de contar con su consentimiento para poder realizar cualquier actividad que afectaba sus bienes personales, entre los cuales estaría por supuesto su integridad y su salud.

En consecuencia, la relación médico-paciente deviene bilateral, implicando por ello derechos y deberes recíprocos, tanto éticos como jurídicos; y que en el área del médico ha devenido en la creación de un Código Deontológico.

Pues bien, como resultado de la combinación de ese principio de autonomía de la voluntad con este cúmulo de elementos éticos y jurídicos se produce una evolución en esa relación médico-paciente de la que surge como elemento esencial para su adecuada valoración una doble función, cual es la necesaria y suficiente **información** por parte del médico y el consiguiente y necesario **consentimiento** del paciente; funciones en torno a las cuales gira una correcta praxis médica y, por consiguiente, protección del profesional frente a actuaciones jurisdiccionales dimanantes de pacientes “insatisfechos”, que nos llevan cada vez más hacia la llamada “medicina defensiva”, cuyas principales secuelas serían:

- Se dispara las primas de los seguros de responsabilidad civil de los médicos, con incidencia directa en un encarecimiento de los honorarios profesionales.
- La relación médico-paciente deviene en una desconfianza mutua, en la que éste último busca resultados, mientras el médico sólo puede prestar servicios, alcanzando incluso al prestigio profesional del actuante, más allá del mero efecto económico.
- Se estanca el progreso médico, al no ahondar el médico en nuevos tratamientos que, en caso de fracaso, podría conllevar consecuencias judiciales para él.
- Se encarece de forma notable la asistencia sanitaria, en cuanto la búsqueda de seguridad del profesional deviene en múltiples pruebas – análisis, radiografías, TAC,... -, muchas de las cuales no serían normalmente necesarias.

Por tanto, y en definitiva, tenemos que tener en cuenta la importancia que conlleva, para un adecuado tratamiento médico, que los profesionales puedan ejercer sus funciones de forma serena y segura, y uno de los pilares básicos de esta tranquilidad y seguridad derivaría de la ponderada y precisa actuación de los Tribunales ante la enorme avalancha de denuncias y demandas que se interponen, y ante las cuales es necesaria la máxima precisión de Jueces y Fiscales en su valoración, con tres criterios básicos en su búsqueda: la protección del perjudicado, la persecución del profesional

negligente y la defensa del diligente, de forma que, ante la fina línea que separa en este ámbito lo lícito de lo ilícito, debemos esmerarnos en poner “nuestro filtro” ante las reclamaciones, separando claramente y cuanto antes las improcedentes de las necesarias.

Por todo ello, creo que este curso puede permitir proteger el actual ejercicio de la medicina, y espero poner mi granito de arena con las aportaciones que hago en mi ponencia, que espero que os queden claras, y si no quedo a vuestra disposición para que tengamos un ameno debate al final de mi exposición.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En sus albores, allá por el Neolítico, la medicina venía asociada a una especie de magia, donde el médico era considerado maestro de fuerzas sobrenaturales y detentador de poderes y saberes, cercana a las prácticas religiosas, considerando por tanto a ese médico como ser intocable, al igual que sus dioses

Sería en Mesopotamia, en la segunda mitad del imperio babilónico, cuando en el Código de Hammurabi, se regulaba en algunos preceptos las consecuencias de la mala praxis médica; así, respecto a esclavos, el art. 219 y 220 disponían como sanción devolver esclavo por esclavo, o pagar la mitad de su precio; mientras que respecto de hombre libre, establecía el 220 que se cortarían las manos del médico.

En Grecia es donde se produce el paso definitivo de una medicina mágica a una eminentemente técnica, en la cual los profesionales gozaban de una gran consideración social, entre los cuales destacarían HIPOCRATES y GALENO, siendo el Juramento Hipocrático¹ uno de los principales tratados éticos que en la historia de la medicina se

¹ Juro por [Apolo](#) médico, por [Asclepio](#), [Higía](#) y [Panacea](#), por todos los dioses y todas las diosas, tomándolos como testigos, cumplir fielmente, según mi leal saber y entender, este juramento y compromiso:

Venerar como a mi padre a quien me enseñó este arte, compartir con él mis bienes y asistirles en sus necesidades; considerar a sus hijos como hermanos míos, enseñarles este arte gratuitamente si quieren aprenderlo; comunicar los preceptos vulgares y las enseñanzas secretas y todo lo demás de la doctrina a mis hijos y a los hijos de mis maestros, y a todos los alumnos comprometidos y que han prestado juramento, según costumbre, pero a nadie más.

En cuanto pueda y sepa, usaré las reglas dietéticas en provecho de los enfermos y apartaré de ellos todo daño e injusticia.

“Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna. Por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura.

No tallaré cálculos sino que dejaré esto a los cirujanos especialistas.

En cualquier casa que entre, lo haré para bien de los enfermos, apartándome de toda injusticia voluntaria y de toda corrupción, principalmente de toda relación vergonzosa con mujeres y muchachos, ya sean libres o esclavos.

Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable.

han escrito, hasta el punto de haber servido a numerosas obras muy posteriores como criterio rector.

De aquí pasamos al D^a Romano, donde ya se contemplan normas sobre responsabilidad del médico por conductas negligentes que causen daño al paciente, como por ejemplo en las Instituciones, o en el Digesto.

En la Edad Media, destacó el mundo árabe, con instituciones como AVICENA o AVERROES, así como MAIMONIDES, que elaboró un código deontológico al estilo de Hipócrates, y que ha llegado hasta nuestros días. Sin embargo, la medicina europea se estancó, hasta la creación de las Universidades en el S. XII, en las que las Facultades de Medicina, con las de Teología, Derecho y Arte, se convierten en un de los pilares de las mismas, Señalando al respecto LAIN ENTRALGO, en su *“Historia de la medicina”* que *“la actitud del legislador medieval ante la responsabilidad profesional del médico no fue precisamente suave. Heredando el espíritu y casi la letra de las Leyes Wisigothorum, dice el Fuero Juzgo: ‘Si algún físico sangrare algún ome libre, si enflaqueciere por la sangría, el físico debe pechar C e L sueldos. E si muriere, metan al físico en poder de los parientes que faga del lo que quisieren. E sie el siervo enflaqueciere o muriere por sangría, entregue otro tal siervo a su sennor’ (...)”*

Durante el siglo XIII, el médico se profesionaliza, formándose en las Universidades durante el Renacimiento y la Ilustración, con la aparición de las “Cofradías” y “Colegios” médicos, para perfeccionar la formación de los profesionales

Ya en el siglo XIX y comienzos del XX, empiezan a proliferar las especialidades médicas, ante el volumen del saber médico, y, en consecuencia, se incrementan las exigencias sociales sobre la tarea profesional del médico; esto es, se espera la curación de la enfermedad; y ello unido a la mejora de status de los profesionales, se produce un incremento de la presión social sobre el ejercicio de la medicina. En cuanto a la responsabilidad, la Codificación trajo consigo la eliminación de las disposiciones específicamente dirigidas a la profesión sanitaria, determinándose por tanto su responsabilidad conforme a las reglas generales que rigen para los demás ciudadanos y profesiones (aunque se incluyan en el CP delitos específicos para ellos, como el aborto).

Finalmente, tras la Primera Guerra Mundial, merece destacarse en la medicina occidental el uso generalizado de la asistencia sanitaria, con el consiguiente aumento de actos médicos, exigiendo de los profesionales una intervención más rápida.

2.2 ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

En general en Europa ha habido en los últimos años un importante incremento de denuncias y demandas sanitarias, que podemos situar, por ejemplo en Francia en un 50% en los últimos 10 años; o en Alemania en un 150 % entre 1989 y 2001.

Si el juramento cumpliere íntegro, viva yo feliz y recoja los frutos de mi arte y sea honrado por todos los hombres y por la más remota posteridad. Pero si soy transgresor y perjuro, avéngame lo contrario”.

En España, ha habido un espectacular incremento de demandas y denuncias, y si bien no tenemos datos fiables, se hablaba en el I Congreso Nacional de Responsabilidad Médica (2013, Santiago de Compostela) de unas 100.000 demandas en toda España, pero lo cierto es que carecemos de datos fiables, puesto que no existen estadísticas relativas a errores sanitarios, fuera del Defensor del Pueblo, con datos excesivamente generales.

Sin embargo, cualesquiera datos que se presenten afectan a la justicia en general, pero no distinguen las que van por la vía contencioso-administrativa (mal funcionamiento de servicios públicos), civil (responsabilidad contractual - p.e. cirugía estética u odontología - o extracontractual) y penal propiamente dicha, que constituyen la tipología más grave desde el punto de vista del profesional, en cuanto son las únicas que conllevan responsabilidad personal del médico, fuera de las económicas.

3. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL AMBITO PENAL.

A la hora de referirnos a la responsabilidad penal del personal sanitario, podemos establecer unos principios básicos refiriéndonos a las muy conocidas y citadas STS de 14 de Febrero y 18 de Noviembre, ambas de 1991 – entre otras -, que señalan que *”... en el terreno de la actividad sanitaria es necesario tener en cuenta:*

1) Que la conducta de los técnicos sanitarios ha de entenderse en su justa valoración habida cuenta se trata de una de las actividades humanas que más riesgo puede originar y proyectar, al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced además del acierto o del desatino de los profesionales.

2) Que se trata pues de una ciencia inexacta, con un plus especial de exposición y peligrosidad, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones.

3) Que la práctica de las actividades sanitarias por los facultativos y técnicos correspondientes, exige una cuidadosa atención a la «Lex artis» en la que sin embargo no se pueden sentar reglas preventivas absolutas dado el constante avance de ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes. Ello exige, en muchos casos, valorar restrictivamente los grados de intensidad en que se haya podido incurrir en estas infracciones culposas y sanitarias.

4) Que, en consecuencia, la medicina, como se acaba de decir, en general no es una ciencia exacta en tanto que en ella intervienen elementos extraños de difícil previsibilidad que pueden propiciar errores, de diagnóstico o de cualquier otra naturaleza, los cuales si lo son dentro de lo tolerable, pueden escapar al rigor de la incriminación penal.

5) Que la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere”.

Para reforzar y dejar claros estos elementos, la STS de 4 de Septiembre de 1991 ya establecía que:

“a) No se incrimina el error científico o, lo que es lo mismo, no son tipificables como infracción penal los errores de diagnóstico, salvo que por su entidad y dimensiones constituyan una equivocación inexcusable.

b) Por igual motivo, queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización, pero sí deben sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente; o sea, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

c) La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo.

d) En esta materia no cabe sentar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones y precisarse una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado.

e) Que al doctrina de la búsqueda de la responsabilidad imprudente del sanitario ha de realizarse huyendo de generalizaciones imputables, no debiendo incidirse en tesis maximalistas.

f) Que el deber de cuidado ha de establecerse primero y medido después en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita.”

g) En la génesis de la imprudencia influyen más a menudo los aspectos humanos y sociales que los propiamente científicos o profesionales”.

Pues bien, es evidente que, cuando hablamos de responsabilidad penal del médico – fuera de los delitos dolosos específicos del cuerpo facultativo, como el aborto sin consentimiento de la mujer del art. 144 CP, las lesiones al feto del art. 157 CP y la omisión del deber de asistencia médica del art. 196 CP) -, estamos moviéndonos dentro del campo de los delitos imprudentes, dado que los delitos dolosos que pudieran cometer no tienen ninguna peculiaridad con los cometidos por cualquier otro ciudadano ajeno a la profesión médica; esto es, si un médico quiere voluntariamente matar o lesionar a algún paciente, no existe peculiaridad alguna en cuanto a su enjuiciamiento y castigo con la generalidad de las personas –con independencia de las posibles circunstancias agravantes que puedan darse ante la indefensión y devoción del paciente, que, como bien indica GALAN CACERES², podría devenir en alevosía y/o abuso de confianza -; sin embargo, sí podemos hacer aquí un inciso y plantearnos los supuestos de **dolo eventual**:

Obviamente no me voy a detener ahora en desarrollar la teoría del mismo ante este foro de compañeros, muchos de los cuales me podrán dar clases sobre el tema, pero sí quiero adherirme a nuestro compañero GALAN CACERES en que, en muchas ocasiones- como a su vez dice BENITEZ ORTUZAR³– el hecho de que las actuaciones lesivas del personal sanitario se deban reconducir al ámbito imprudente no es un dogma inquebrantable, con lo que el Juez en cada caso concreto debe evaluar - como en cualquier otra profesión - cómo el médico enfoca el riesgo, como lo asume y de qué manera se produce el resultado lesivo en el paciente; o sea, habrá que valorar los medios empleados y los que no se usan, el nivel de ajuste a los protocolos pertinentes, así como el nivel de infracción de la “lex artis ad hoc”; todo ello acompañado con el grado de representación por el interviniente del resultado lesivo y su postura ante tal

² “EL NUEVO ESCENARIO LEGAL Y JURISPRUDENCIA EN LA IMPRUDENCIA SANITARIA” ponencia impartida por JUAN CALIXTO GALAN CACERES en el CEJ en 2015

³ BENITEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: “Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios.” Ed. Dykinson. 2009

representación, aceptándolo en todo caso sin poner el más mínimo medio para frustrar dicho resultado lesivo: en este campo, podemos citar la STS de 27 de Febrero de 2009 (Repertorio EDJ 2099/41851), relativa al famoso caso del anestesista JUAN MAESO, quien padecía el virus de la hepatitis C, genotipo 1 a, quien con pleno conocimiento de que padecía dicha enfermedad, y que ésta se transmitía por vía parenteral, compartía la jeringuilla y los opiáceos que administraba a sus pacientes, inyectándose primero él, y luego empleando el mismo instrumental con éstos, de manera que llegó a infectar a 275 personas, de las que murieron 4, con lo cual era evidente que, si bien en su ánimo no estaría la intención de provocar su mismo mal a dichos pacientes, sí es evidente que era claramente posible el mismo y que, a pesar de ello, aceptó ese riesgo y no se abstuvo de realizar la conducta lesiva en ningún momento, actuando así incluso – como hemos indicado-, al menos en un mínimo de 275 ocasiones. Es obvio que así se rebasa claramente el umbral de la imprudencia, y nos adentramos en el del dolo eventual, no llegando al directo por no haberse planteado siquiera la posibilidad – que podría darse - de que su conducta fuera realmente querida, por ejemplo, por un intento de venganza social, dañando a otros con ese mal, al igual que él lo contrajo.

Pues bien, como hemos indicado, fuera de estos contados supuestos, tenemos que hablar de imprudencia al referirnos a la responsabilidad médica, por lo cual vamos a centrarnos en esta materia, tratando de forma conjunta la imprudencia general y la médica, para después centrarnos ya en la imprudencia grave.

4. EL DELITO IMPRUDENTE. LA IMPRUDENCIA MEDICA

A la hora de fijar un concepto de delito imprudente, podemos acudir, entre otras, a la concisa definición que hace QUINTERO OLIVARES⁴: *”ejecución del tipo objetivo de un delito doloso, a causa de haber infringido un deber de prudencia o cuidado, sea por ignorar la concurrencia de ese deber, y con ello, hasta la misma situación de riesgo, o porque, aun conociéndola, el autor creyó que un resultado previsible no habría de producirse, todo ello realizando una acción que objetivamente puede ser imputada al autor”*.

Nuestro Derecho Penal no se ocupó de estos delitos hasta un tiempo relativamente reciente, de forma que no se contempla realmente hasta el Código de 1944, recogiendo en principio un criterio de *numerus apertus*, de forma que cualquier delito doloso admitiría la forma imprudente cuando se den los criterios de culpabilidad adecuados; sin embargo, a partir del Código Penal de 1995 se produjo el cambio que hoy rige, y que sigue el criterio de *numerus clausus*, como se deduce del art.12 del vigente CP: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*.

Pues bien, para que exista delito imprudente, el TS, entre otras, en la Sentencia 1904/2001, de 23 octubre 2001 (EDJ 2001/37186) estima necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes elementos:

- a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa, pues, en caso contrario, nos encontraríamos ante un delito doloso.
- b) Un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño.
- c) Una infracción del deber de cuidado.

⁴ GONZALO QUINTERO OLIVARES, “Manual de Derecho Penal, Parte general” Ed. Aranzadi.2ª ed 2000

- d) Un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta, exigiéndose que la relación de causalidad, en la imprudencia, ha de ser directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias. Y
- e) La creación de un riesgo previsible y evitable.

4.1. ACCIÓN U OMISIÓN.

Cuando ponemos en relación este primer aspecto con la medicina, hemos de llegar al acto médico como acción propia de este ámbito

El art. 7 del Código Deontológico define como acto médico “toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como a la preservación y promoción de la salud, por medios directos o indirectos”, y de su contenido destaca la finalidad curativa (“orientado a la curación de una enfermedad”).

Lo que es evidente es que, de hecho, la actuación médica conlleva “un ataque” a la integridad física del paciente – especialmente si hablamos de cirugía, aunque muchos otros tratamientos, incluidas prescripciones de determinados medicamentos pueden conllevar alteraciones fisiológicas que puedan implicar ese ataque lesivo -, y es también evidente que si esas actuaciones se hacen de una forma arbitraria o sin cuidado, deben suponer una responsabilidad; pero, igualmente, a sensu contrario, la adecuada praxis médica supone la ausencia de responsabilidad; así, como ya indicamos, no estamos ante una ciencia exacta, de manera que ante igual enfermedad y tratamiento podemos encontrarnos ante evoluciones distintas, incluso en un mismo paciente. Por ello, es necesario por motivos evidentes de seguridad jurídica determinar unos parámetros dentro de los cuales debe actuar el médico para que su conducta sea tenida por correcta, y para ello la medicina está continuamente definiendo lo que es científicamente correcto, mediante los correspondientes protocolos, guías clínicas, etc, creadas mediante la confluencia de criterios de numerosos de los especialistas del área de que se trate, o por importantes sociedades científicas, constituyendo lo que se conoce como “*lex artis*” (“*lex scientiae*” para otros autores, como GRACIA GUILLEN). Pero, junto a esta, existe más concretamente la llamada “*lex artis ad hoc*”, que podemos definir con MARTINEZ CALCERRADA como “*el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria -, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*”.

Por tanto, es evidente que un acto médico será ejecutado correctamente en cuanto se cumplan las prescripciones generales y particulares de una y otra “*lex artis*”. Ahora bien, debemos plantearnos si esta norma debe observarse durante todo el proceso médico (desde la exploración hasta el tratamiento en sí), o sólo en los apartados prácticos (hacia el que se dirige todos los preliminares). A este respecto, es relevante la opinión de ROMERO CASABONA⁵, al establecer que “*no se debe confundir lex artis e indicación terapéutica, comprendiendo ésta una labor de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras*

⁵ ROMEO CASABONA, CARLOS M^a “El médico ante el derecho”, 1988

que la *lex artis* se trata de, una vez emitido ese juicio, aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo el tratamiento adecuado. La indicación responde, pues, al sí del tratamiento, a si debe aplicarse ésta u otra medida; mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir”.

Sin embargo, la Jurisprudencia del TS considera que la *lex artis* ha de ponderarse en todo el proceso, tanto en los actos de exploración (STS 5 de Julio de 1989), como de diagnóstico (STS 20 de Octubre de 1990), como en el tratamiento propiamente dicho (STS 4 de Noviembre de 1991)

Pues bien, como cualquier delito de resultado – el delito imprudente lo es -, cabe que el actuar que desencadene el daño sea una conducta de acción (infringiendo la norma prohibitiva) como de omisión (infringiendo una norma preceptiva u obligatoria); sin embargo, deberíamos preguntarnos, ¿cabría en el campo de la imprudencia médica la comisión por omisión?

4.2. COMISIÓN POR OMISIÓN

Cuando hablamos de comisión por omisión en los delitos de resultado, debemos acudir a lo preceptuado en el artículo 11 del CP, que establece que “*los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.*

Estamos, por tanto, ante un sujeto activo que, viniendo obligado a actuar, por ley o contrato, se abstiene de hacerlo, y con ello da lugar a un resultado lesivo; esto es, un sujeto que asume la función de garante. Pues bien, refiriéndonos a la actuación del médico, resulta imprescindible determinar cuándo el facultativo se encuentra en esa posición de garante respecto del enfermo o paciente, pues sólo en estos supuestos le podrá ser imputado el resultado lesivo que se produzca ante su falta de intervención. A este respecto, el Profesor AGUSTIN JORGE BARREIRO⁶ en torno a esta posición de garante del médico se adscribe a dos tesis:

- Una extensiva, que entiende que el médico, en todo caso, está obligado por un deber genérico como profesional como garante de la vida y salud de los pacientes.
- Y otra, restrictiva, en la que el médico se situaría en una verdadera posición de garante cuando efectivamente haya asumido el tratamiento del paciente.

Aún abonándonos a la tesis restrictiva, hay que convenir que no es lo mismo la posición del cirujano durante una intervención quirúrgica, en la que todas las circunstancias determinan el abandono de la suerte del paciente a su correcta actuación profesional, y respecto de la cual ninguna duda cabe que asume una posición de garante

⁶ JORGE BARREIRO, AGUSTÍN: Omisión e imprudencia. Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo. Colección digital. Pág. 11

en relación a la vida y salud del enfermo, que la intervención que pueda asumir médico de atención primaria en su consulta del centro de salud

Y lo que es evidente es que los resultados lesivos sólo pueden ser imputados a una omisión del médico cuando ostente la posición de garante respecto de los bienes jurídicos tutelados; en nuestro caso, la vida y la salud de los pacientes.; y si nos fijamos los elementos que aquí hemos valorado, vemos la correlación que puede tener con el tipo de omisión del deber de socorro en su modalidad de omisión de asistencia sanitaria, recogido en el artículo 196 del C.P., que establece que *“el profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”*.

El fundamento de esta figura delictiva, además de la solidaridad humana, lo constituiría (RODRÍGUEZ MOURULLO⁷) la infracción del específico deber de auxilio que pesa sobre determinados profesionales de la sanidad: aquellos que están obligados, como prestadores del servicio de sanidad, a proporcionar la asistencia sanitaria que se les demanda.

La diferencia más profunda en cuanto a la configuración del tipo del art. 196 del CP, se plantea en torno a su consideración como una mera conducta omisiva, postura que sostienen, entre otros GÓMEZ RIVERO⁸ (“el artículo 196 del CP, no es más que una modalidad especial de la omisión del deber de socorro”), o ante una conducta de comisión por omisión (HUERTA TOCILDO).

Sostiene GÓMEZ RIVERO que tratándose el art. 196 CP de un delito doloso, el dolo en el mismo vendría constituido por la conciencia de la necesidad de asistencia sanitaria y la voluntad de no prestarla, sin que necesariamente haya de abarcar la situación de grave riesgo que podría generar su conducta. Por su parte, la doctrina mayoritaria sostiene que estamos ante un delito de riesgo concreto, y entienden que debe estar comprendida en el dolo la conciencia de que la falta de asistencia sanitaria originará un grave riesgo al paciente. Mientras que los primeros, acuden al concurso de delitos para explicar la relación entre el delito del art. 196 CP y las infracciones de resultado lesivo que pudieran producirse por la no prestación de una asistencia correcta en aquellos casos en que el sujeto esté situado en una posición de garante, los segundos, que constituyen la doctrina mayoritaria, estiman que se tipifica en este precepto un delito de riesgo concreto para la vida y la salud del paciente, generado como consecuencia de la omisión de la conducta esperada por el facultativo, que por razón de sus deberes profesionales se sitúa en una posición de garante en relación con el riesgo concreto que deriva de la omisión. Para estos últimos autores, si se llega a producir un resultado lesivo, como materialización del riesgo creado por el omitente garante, éste debería responder de dichos resultados lesivos como un fenómeno de progresión natural del riesgo. En este caso, el delito del art. 196 CP, como delito de riesgo concreto, quedaría absorbido (art. 8.3ª CP) por el delito de resultado lesivo imprudente que se hubiere producido.

⁷ Rodríguez Mourullo, Gonzalo: Comentarios al Código Penal, Edit.Civitas, 1ª Ed.1997

⁸ Gómez Rivero, María del Carmen. Tirant lo Blanch. 2003: La responsabilidad penal del médico, doctrina y jurisprudencia.

En esta línea, tenemos la STSJ Andalucía (Gra) de 26 abril 2007 EDJ 2007/268969, cuyo supuesto de hecho sería:

“Entre las 7,30 horas y 7,41 horas del día 11 de enero de 2001 Ángel sufrió un episodio cardíaco, perdiendo el control del vehículo que conducía y que terminó empotrándose entre unos contenedores sitios en la CALLE001. Acudieron al lugar varias personas que observaron los síntomas de gravedad que presentaba el conductor, y uno de ellos realizó una llamada telefónica al 061, que se registró a las 7,41 horas, en la que comunicó las circunstancias del conductor del vehículo.

Otro de los ciudadanos que se habían detenido al observar lo anteriormente expuesto se dirigió al Centro de Salud llegando al mismo sobre las 7,50 horas y tras llamar al timbre, pues el Centro se encontraba cerrado, fue atendido por el acusado Fernando, celador del Servicio Especial de Urgencia, que se encontraba trabajando en el Centro de Salud Mercedes Navarro, del Parque Alcosa de Sevilla, informándole el ciudadano que a unos cincuenta metros del centro, en medio de unos contenedores de basura, situado en la calle Alfalfar y al lado de la Parroquia, había un señor en el interior de un vehículo que requería asistencia sanitaria, ante lo cual Fernando no salió a ver lo que ocurría, procediendo a efectuar inmediatamente una llamada al 061, llamada que fue registrada por dicho Servicio a las 7,53 horas, donde le indicaron que ya tenían conocimiento del hecho por la llamada anterior y que una unidad móvil había salido hacia el lugar. En el Centro de Salud en esos momentos no se encontraba persona alguna estando en el mismo únicamente el personal de Guardia. Pedro Francisco, médico de guardia y personal sanitario recibió aviso del celador, Fernando, que le comunicó igualmente que ya tenía aviso el 061, y decidió permanecer en el Centro de Salud, y tuvo conocimiento del hecho cuando el conductor del vehículo, Ángel aún no había fallecido.

La Sala entiende que, con relación al Sr. Pedro Francisco, que es personal sanitario cualificado para intervenciones médicas (cuya eficacia o ineficacia era incierta al tiempo en que fue requerido), sí resultaba exigible una conducta específica o una asistencia sanitaria, sin que resultase suficiente el hecho de que ya hubieran sido "avisados" los servicios de emergencia, pues es de conocimiento común que en situaciones como la que se produjo, puede (eventualmente) resultar decisivo lo que se haga o deje de hacerse en un muy breve periodo de tiempo.

A tal efecto, la falta de medios cualificados para atender el padecimiento que en concreto sufrió el Sr. Ángel (que inicialmente no podía ser valorado) no es argumento para adoptar una conducta pasiva. Cuando a un médico, esté o no de servicio, sea funcionario o no, tenga muchos o pocos medios, se le pide que asista a una persona en estado aparentemente grave, no puede limitarse a esperar que llegue una ayuda más cualificada, sino que mientras tanto ha de acudir en ayuda de la persona en situación de necesidad a menos que ello comporte riesgo para sí mismo o para terceros, lo que manifiestamente no ocurría en el caso que se analiza.

De ese modo, y descartado que la muerte del Sr. Ángel se hubiese producido antes de que el Sr. Pedro Francisco fuera avisado del incidente, la responsabilidad penal del acusado no puede descartarse por el hecho de que estuviesen ya avisados los servicios de emergencias, dado que la situación de "desamparo sanitario", y por tanto la exigibilidad de una asistencia por el personal sanitario requerido para ello, ha de valorarse no ex post facto -en función de si objetivamente el requerido podía o no asistir con eficacia al enfermo-, sino ex ante, siendo así que en este aspecto la incertidumbre inicial sobre si la ayuda que pudiera prestar podía ser o no efectiva no puede sino

perjudicar a quien, sin dolo directo, pero sí con dolo eventual, no hizo nada por agotar las posibilidades de ofrecer a la víctima la ayuda que los deberes de solidaridad exigen con relevancia penal”.

En cuanto a un supuesto que podría haber combinado la omisión con un resultado lesivo, sería la SAP de Valencia –sec. 5ª- 156/2008, de 26 de mayo (EDJ 2008/102099) no lo hizo, porque el Juzgado de Instrucción denegó la apertura del juicio oral respecto del delito del art. 196 CP. El supuesto de hecho de la sentencia se resume en que las cuatro enfermeras de quirófano que estaban de servicio en el hospital el día de los hechos, se van juntas a comer y no dejan a nadie a cargo del quirófano, de forma que cuando se plantea la necesidad de practicar una cesárea de urgencia, el ginecólogo, el anestesista, la matrona y el resto del personal médico que debía intervenir en la operación se encuentran con el quirófano cerrado y apagado, demorándose la operación el tiempo necesario para descubrir el lugar donde se hallaba el material necesario para la misma. La demora incide en la gravedad del prolapso que había sufrido el cordón umbilical y determina que el nacido sufra una lesión cerebral irreversible. La Audiencia confirma la condena de las cuatro enfermeras por delito de lesiones por imprudencia grave, al considerar que el abandono del quirófano durante el tiempo del almuerzo por las cuatro enfermeras, sin proveer turnos y sin importarles que no hubiera nadie disponible para atender las necesidades del quirófano, constituye una grave omisión del deber de cuidado por su parte, sin que pueda servir como causa de justificación el hecho de que hubiera otros médicos y enfermeras en el hospital: “si las enfermeras hubieran estado disponibles para llevar a cabo su trabajo y lo hubieran realizado, la cesárea hubiera podido tener lugar seis minutos antes, y actuando oportunamente, se podía haber evitado el sufrimiento fetal extremo padecido por el niño”. Resulta evidente que la Audiencia sitúa a las enfermeras en una posición de garante en relación con el resultado lesivo y atribuye relevancia al abandono al considerarlo como determinante de la producción del mismo.

Sí encontramos en cambio un supuesto de condena por una imprudencia profesional por omisión en una persona ajena al mundo sanitario, cual es el administrador de una clínica odontológica de Cáceres, en la SAP Cáceres de 2 mayo 2014 (EDJ 2014/85563), donde existió una actuación de un médico de dicha clínica contraria a la *lex artis*, y se condenó a dicho administrador en base al siguiente argumento: “En el presente caso, la Sra. Edurne desempeñaba en el organigrama de la entidad una función íntimamente vinculada a su dirección y organización, con la consiguiente necesidad de establecer mecanismos de control en el desarrollo de las actividades realizadas por los distintos profesionales a fin de mantener una uniformidad en los tratamientos dispensados, cuidando de evitar que pudieran producirse desajustes como los que aquí efectivamente han quedado patentes”. *“Entendió por tanto el Juzgador que también por parte de la responsable del centro clínico se incurrió en un supuesto de culpa penalmente relevante y que ésta contribuyó también a la producción ulterior del resultado lesivo para la paciente, sin que quepa argumentar que no se tenía "dominio del hecho", pues la asunción de poderes de dirección en el ámbito expresado convertía a la recurrente en garante de la observancia de las normas de cuidado y diligencia exigibles por parte de quienes prestaban sus servicios en la clínica, al ser a ella a quien correspondían en último término las funciones de control, dirección y organización, no pudiendo permanecer como sugiere, al margen de cuanto se estaba realizando en el centro, de modo que si tales funciones se hubieran ejercido adecuadamente, el daño probablemente sí que pudiera haber sido evitado, o en todo caso, minimizado en gran medida”*.

4.3. INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

Cuando hablamos de deber de cuidado estamos refiriéndonos a un punto de referencia esencial para determinar una conducta es o no imprudente, y podemos considerarlo como el baremo con el que comparar la conducta realizada por el sujeto de forma que si de tal comparación resulta que esa conducta no se ajusta a un nivel previamente establecido, con ello se concluye que el sujeto no actuado cuidadosamente. Como dice LUZÓN PEÑA, "la infracción de una norma de cuidado y del deber de cuidado que la misma impone es el núcleo esencial de la conducta imprudente y lo que constituye su desvalor de acción"⁹.

En cuanto al contenido del deber de cuidado, podemos encontrar dos tipos de elementos fundamentalmente:

- Normativos: serían las llamadas reglas de cuidado, elementos extrapenales que ordenan una determinada actividad eliminando o reduciendo los riesgos que para la vida o la integridad física derivan de su ejercicio.

- Fáticos: conjunto de factores que rodean la concreta situación ante la que nos encontramos, especialmente de tiempo y lugar.

Pues bien, cuando hablamos de elementos normativos podemos notar que en algunas actividades peligrosas éstos se encuentran recogidos en normas de carácter administrativo -como por ejemplo en el ámbito de la circulación de vehículos-; pero, cuando hablamos del ámbito sanitario, en general estas normas no existen -dada la constante evolución y cambios que se dan en el mundo médico, que impiden una cierta permanencia de las mismas-, con lo cual estas reglas deben derivar de las entidades científicas en que se agrupan estos profesionales (colegios profesionales, escuela de medicina, etc), así como de la experiencia diaria en la práctica de la actividad sanitaria, y que se viene recogiendo en tratados, protocolos y otros documentos que sirven de guía en el actuar diario de los médicos, y que ha dado lugar a un conjunto de normas extrajurídicas, técnicas y deontológicas que se condensan en la llamada *lex artis*, a la que habremos de acudir para comprobar si la tarea ejecutada por el profesional médico es o no correcta en cada una de las distintas fases en que se puede dividir la intervención médico-sanitaria, y que podemos clasificar en anamnesis (recopilación de datos previo del paciente), diagnóstico (datos de salud del paciente, determinando cuál es la enfermedad que le afecta y en consecuencia el tratamiento a aplicar), pronóstico (investigar el posible desarrollo de la enfermedad en caso de no ser tratada adecuadamente, proponiendo vías de tratamiento y los resultados que podrían suponer para la curación o mejoría del paciente¹⁰), y tratamiento (constituye la razón de ser de la actividad médica, y en ella deben converger todas las anteriores; debe incluir no sólo actos curativos sino de mejora, y debe incluir asimismo el seguimiento posterior del curso de la enfermedad).

Una vez definido el deber de cuidado en el ámbito médico, debemos centrarnos en los supuestos en que se considera infringido el mismo; y como primera cuestión que nos encontramos-y en un campo como el del derecho penal, donde la presunción de inocencia exige una seguridad jurídica absoluta- es la ausencia de definición en el código penal de hasta dónde llega este deber de cuidado para dar lugar o no a la aplicación de los tipos penales; y ello junto con la dificultad de concretarlo en una

⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL "Comentarios al Código Penal, Parte General I", 1996

¹⁰ ROMEO CASABONA, CARLOS M^a, "El médico y el Derecho Penal:I La actividad curativa" Ed Bosch, Madrid 1981

actividad como la médico-sanitaria, actividad que no puede realizar cualquier persona, sino aquellas que poseen una especial capacitación, avalada por su título profesional ; y ello también unido a la cada vez mayor especialización de la profesión, con el incremento de formación y conocimientos que ello conlleva para los profesionales de una u otra rama. Ello nos lleva a profundizar en la distinción entre un concepto objetivo y otro subjetivo del deber de cuidado.

4.3.1 Concepto objetivo del deber de cuidado

Estamos ante un baremo general a aplicar a todos los supuestos por igual, sin tener en cuenta las capacidades del sujeto concreto, habiéndose situado por la mayoría de los autores en la posición del hombre medio ideal, atendiendo a capacidad y circunstancias especiales estandarizadas propias del sector clínico en el momento histórico determinado en que se producen los hechos; como establece ROXIN, "la norma se dirige a todos; y debe hacerlo por la simple razón de dejar claro aquel cuya capacidad de rendimiento es dudosa acerca de lo que como mínimo se espera de él, y ello para hacerle abstenerse en caso de una imprudencia por emprendimiento o asunción. El que el sujeto pudiera evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad, por regla general sólo constatable *a posteriori*; pero la infracción de la norma como tal no se elimina por la deficiencia de rendimiento"¹¹.

4.3.2 Concepto subjetivo del deber de cuidado

Frente al concepto anterior, esta teoría incluye dentro de la determinación del deber de cuidado las condiciones individuales, tanto conocimientos como capacidades del autor; esto es, como establece STRATENWERTH, "en el delito culposo habrá que determinar el comportamiento "correcto" no solamente con miras a las normas generales, sino también en relación con las posibilidades de acción del autor".¹²

Pues bien, en la asunción de uno u otro concepto, nuestra jurisprudencia se ha venido inclinando generalmente por valorar el concepto objetivo, en aras al principio de igualdad que normalmente debe presidir la actuación de los tribunales; pero ello no ha sido óbice para que se haya dictado alguna sentencia donde se haya tenido en cuenta la capacidad "superior" del interviniente a la hora de fijar su responsabilidad como la STS 17/07/1982 (EDJ 1982/4996), al señalar que: "*una infracción grave en que concurre un médico recién salido de la facultad o un médico rural puede no tener trascendencia penal, y sí en cambio una leve infracción de cirujano famoso rodeado de ayudantes o medios técnicos abundantes*".

También la STS 2452/1992, de 13 de noviembre (EDJ 1992/11193), incide en tener en cuenta "*no un deber objetivo en abstracto, sino una forma de comportamiento en relación siempre con las cualidades concretas del sujeto a quien tal infracción se imputa y las particulares circunstancias en que éste se encontraba cuando el hecho se produjo*".

4.3.3 El deber de cuidado en la intervención de varios profesionales de la sanidad: división del trabajo y principio de confianza

Es evidente que en los tiempos actuales, la participación de varios profesionales en la realización de uno o varios actos médicos sobre el mismo paciente es un hecho

¹¹ ROXIN, CLAUS, "Derecho Penal, Parte general, Tomo I" Madrid, Civitas, 1997

¹² STRATENWERTH, GÜNTER: "Derecho Penal, Parte General I: El hecho Punible", trad. GLADIS ROMERO, Madrid. Edersa, 1982.

diario, ante el proceso de especialización y subespecialización en las profesiones sanitarias, incluyendo no sólo a facultativos sino incluso al personal no facultativo; y es obvio que el derecho penal no puede ser ajeno a esta forma de ejecutar y desempeñar el trabajo médico cuando se trata de individualizar la responsabilidad penal del equipo médico por el resultado lesivo producido.

Así, como primera diligencia, y en atención a la relación que guardan entre sí los intervinientes del grupo o equipo, la doctrina penal ha distinguido entre división del trabajo horizontal y vertical, según la intervención de los partícipes se haga en relación de igualdad o de jerarquía, respectivamente. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, en cuanto que hay discrepancia doctrinal entre cuál sea el criterio para distinguir una u otra división; así la mayoría de la doctrina se inclina por la formación académica, pero también hay autores que especialmente en el ámbito hospitalario consideran necesario valorar también la jerarquía en las correspondientes áreas médicas (jefes de servicio, etc.). Y por otro lado, aún en distinto nivel formativo, en la actualidad se consideran unidades autónomas la médica y, por ejemplo, la de enfermería, con lo cual no hablaríamos de división vertical salvo personal específicamente adscrito a una determinada unidad clínica (por ejemplo, entre médicos y enfermería de la unidad de ginecología). Además, no se puede confundir división vertical con delegación, como señala VIRGILIO RODRIGUEZ VAZQUEZ¹³, aunque de toda delegación deriva una cierta verticalidad, en cuanto que el elegante, sin verse obligado a una vigilancia de los actos mínimos del delegado, si tendrá que estar atento al menos a su conducta global, que es la que constituye el objeto de la delegación; en esta misma línea la relación que media entre el un MIR y su tutor entra dentro de una división vertical.

Como colofón, podemos resumir todo lo anterior con la reflexión de FEIJOO SANCHEZ¹⁴, al señalar que "los fenómenos de la división vertical y horizontal del trabajo son datos puramente fácticos que precisan una valoración jurídica desde el punto de vista de la existencia de deberes de cuidado con respecto a otras personas con las que se realiza una tarea común. Y en esa valoración jurídica desempeñó un papel esencial el principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal. Pero se debe resaltar que cuando se hace referencia a una actuación en régimen de división de tareas sólo se describe un fenómeno que debe ser analizado de acuerdo con criterios normativos de imputación. Y cuando alguien tiene una competencia -éste es un punto de partida esencial- con otras personas con respecto a un riesgo o a la indemnidad de un bien, el principio de confianza es un principio básico para delimitar la responsabilidad penal individuales". Pues bien, como vemos, es un elemento esencial en este campo el principio de confianza, que podemos definir siguiendo a la doctrina penal como que cada participante en una actividad puede y tiene que confiar en que la actuación del resto de los intervinientes será correcta; sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar de la actuación de los terceros, deberá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de intervinientes.

Como cita el antes citado autor, la autora alemana ANNE-MARIE PETER considera al principio de confianza como elemento destinado a limitar la responsabilidad, inicialmente amplia, que corresponde a cada individuo, cuando entra a colaborar con otros, bien porque estamos dentro de los límites del riesgo permitido, en

¹³ RODRIGUEZ VAZQUEZ, VIRGILIO, "Responsabilidad Penal en el ejercicio de actividades Médico-sanitarias", Marcial Pons, Madrid, 2012.

¹⁴ FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO, "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal: fundamento y consecuencias dogmáticas" Revista de Derecho Penal y Criminología, 1/2000.

aras al fin más trascendente de mejorar o curar al enfermo, bien porque, ante el posible error del compañero, debemos controlar nuestra propia correcta actuación.

Sin embargo, este principio no es absoluto, habiendo señalado la mayoría de la doctrina cuatro límites fundamentales al mismo:

1º Este principio sólo rige a favor de aquel que haya obrado cuidadosamente en su propio ámbito de actuación, de forma que quien infringe su deber de cuidado más inmediato no puede, amparándose en el principio de confianza, esperar que los otros realicen con corrección la función que les corresponde y subsanen el peligro que derive de su comportamiento erróneo.

2º No se puede confiar en el comportamiento de un tercero cuando existen motivos para sospechar que la persona en la que inicialmente se confía va a actuar imprudentemente, de forma que si es previsible para quienes interactúan en la realización de una actividad la infracción del deber de cuidado por aquellos con quienes participa, no podrá confiar en la corrección de la conducta de los terceros y por tanto tendrá en principio que modificar su conducta para tratar de corregir la actuación de los otros y en todo caso intentar evitar el resultado lesivo que de ello pudiera derivar.

3º No cabe confiar respecto a terceros incapaces o inimputables, de forma que no se puede esperar de quien no entiende la norma de cuidado que la vaya a cumplir.

4º La obligación de vigilancia o control de la actuación de otro miembro del grupo, que impedirá al controlador invocar la confianza en su conducta, debiendo partirse siempre para la eficacia de dicho control de una situación de desconfianza.

Como resumen final, podemos concluir que en la división horizontal el principio de confianza despliega toda su eficacia, y sólo desaparece cuando se quiebra la normalidad en la intervención de unos y otros, y esa quiebra es apreciada por el interviniente; sin embargo, en la división vertical de arriba abajo la confianza presupone una selección, información e instrucción adecuada para el subordinado, mientras que de abajo arriba sí desempeña su total eficacia ante posible negligencia del superior.

4.4.ELEMENTO PSICOLÓGICO: LA PREVISIBILIDAD

La SAP Madrid (sec 1ª) nº 74/2015, de 18 de Febrero (EDJ 2015/25966) recoge que “con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo representado por la infracción del deber de cuidado. Para valorar la previsibilidad del riesgo hay que tener en cuenta los especiales conocimientos que tenía en aquel momento la persona sobre la situación de hecho, y el examen de la evitabilidad del riesgo se ha de realizar desde el punto de vista de la *lex artis*”

Puede afirmarse claramente así que la previsibilidad constituye, como bien la han definido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, el componente intelectual de la culpa y, la evitabilidad del resultado, su componente técnico.

-La previsibilidad en el resultado se refiere a la posibilidad de que el autor lo prevea o, en otras palabras, que ese individuo sea capaz de representarse de manera anticipada la posibilidad de actualización del propio resultado.

La previsibilidad exige tener conocimiento, pero dicho conocimiento no recae sobre hechos actuales ni implica que tal conocimiento deba ser efectivo. Este conocimiento es aquel que recae sobre la posibilidad de existencia futura del resultado jurídicamente dañoso y basta con la existencia de un conocimiento potencial, es decir, basta con que el autor haya podido y debido prever el resultado.

El objeto de ese conocimiento potencial comprende:

- a) el resultado externo que produce el tipo de injusto cometido de forma imprudente,
- b) las posibilidades del autor para discernir sobre la significación antijurídica del hecho.

La falta de exigibilidad excluye la imputación subjetiva del hecho; para que un deber pueda ser válidamente exigido, es necesario que el sujeto de la obligación haya podido y debido conocerlo, siendo el conocimiento potencial del deber un requisito sine qua non de la culpa.

-La evitabilidad: la evitabilidad constituye el segundo elemento de la culpa (*strictu sensu*) o imprudencia.

La no exigibilidad, puede llevar aparejada la exclusión de la culpa en sentido estricto, cuando a pesar de que el autor hubiese podido prever el resultado típico y, además, hubiese podido evitarlo, no fuese exigible de el un comportamiento distinto al desplegado¹⁵.

4.5. EL RESULTADO. LA RELACION DE CAUSALIDAD

Nos encontramos ante un elemento nuclear de la imprudencia hasta el punto que si no concurre la lesión del bien jurídico protegido no podemos entrar a averiguar si ha habido o no habido imprudencia por parte del interviniente; pero, abundando más, tenemos que encontrarnos ante un resultado fallido para poder entrar en estas valoraciones, hasta el punto de que si de la actuación del médico se ha derivado una mejora en la salud del paciente, aunque sea discrepante o distinto de lo pretendido por éste, no podemos entrar en la persecución penal del actuante.

Por otro lado, y desde el punto de vista de la tipicidad, el resultado ha de ser – en caso de comisión dolosa – constitutivo de delito grave o menos grave para que pueda perseguirse penalmente la imprudencia.

La existencia del resultado enlaza directamente con la de la relación de causalidad, de forma que para la imputación del resultado a la conducta del actuante, se exige que se dé una relación de causalidad entre la acción u omisión imprudente y el resultado, y que éste sea imputable objetivamente a aquélla.

En este sentido, la SAP Guipúzcoa (sec. 1ª) de 07/10/2009 (EDJ 2009/405039), confirma la existencia de imputación objetiva del resultado a la conducta del médico al haber contribuido a dicho resultado como factor coadyuvante del mismo, en un supuesto en que el facultativo acude a visitar a un paciente, y después de un reconocimiento superficial y sin tener en cuenta sus antecedentes de infarto, le diagnostica de dolor

¹⁵ COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTON, TOMAS: "Derecho Penal, Parte General" 5ª Ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 1999.

epigastrial, sin remitirle al hospital para realizarle un electrocardiograma, produciéndose la muerte del paciente. Al efecto, señala: *“puede afirmarse la imputación objetiva del resultado, por cuanto el acusado incrementó notablemente el riesgo respecto del que habría existido de obrar de forma prudente y esa omisión actuó sobre el nexo causal, convirtiéndose en un factor coadyuvante del resultado final, al cercenar definitivamente la única opción vital del enfermo. Para que un resultado típico sea objetivamente imputable al sujeto no es necesario que éste lo cause física y materialmente, siendo suficiente, desde una perspectiva social y jurídica, que no haya puesto todos los medios para precaverlo, cuando le corresponde una específica función de evitarlo”*.

En definitiva, es necesario que el resultado dañoso derive directamente de la acción del médico, de forma que si coadyuva a ese resultado la actuación del propio paciente, habrá que determinar hasta qué punto esta intervención reduce – cuando no elimina – la culpa del médico y, por tanto, conlleva la impunidad de su conducta.

Por ejemplo, en la SAP Barcelona de 7-1-05 (EDJ 2005/5651), referente a una mala praxis por una cirujana, que dejó abandonada una gasa en la paciente, se establece que " la sentencia no afirma en momento alguno que el objeto olvidado en el cuerpo del paciente fuese minúsculo y estima que la conducta negligente es reprochable, pero el detalle carece de trascendencia pues el objeto olvidado no provocó la lesión o enfermedad somática que se determina como resultado dañoso". La sentencia relata en su factum: ...encontrando una gasa por debajo del músculo paravertebral, situada superficialmente entre planos dérmico y muscular...El dato es relevante pues los peritos señalan que el cuerpo extraño sólo podría ser causante de la fibrosis que a la postre provoca el mal si se hubiese ubicado en el lecho quirúrgico, o en otra de las expresiones, si hubiese estado en contacto con las terminales nerviosas (...)Este aspecto es tratado con profusión por la sentencia, y los informes periciales son coincidentes en que la gasa no estaba en el lecho quirúrgico ni pudo bajar allí(...)La ubicación de la gasa, alejada, en términos relativos, de la zona con terminales nerviosas y el tiempo transcurrido con ésta en el interior del cuerpo, quince días, no permiten establecer esa relación causal, que sí se explica con la fibrosis cicatrizal".

Es en este punto de la relación causal, por tanto, donde se hace imprescindible la intervención del médico forense como perito imparcial, ya sea en vía autopsia - si ha habido fallecimiento -, ya en vía de informe, siendo necesarias referencias tanto a la existencia de conexión entre la actuación del médico y el resultado producido, como si dicha intervención médica se ha hecho conforme a la *lex artis* y, por tanto, sin infracción del deber de cuidado y con la debida diligencia por parte del facultativo, y asimismo si ha existido o no esa interacción del propio paciente en el resultado negativo para su vida o salud.

5. DELITOS IMPRUDENTES. MODALIDADES DE LA IMPRUDENCIA

Cuando hablamos de imprudencia de los médicos, es obvio que, fuera de los tipos generales – aplicables a cualquier individuo-, se reducirían a los siguientes delitos del C. Penal los que podrían cometer profesionalmente como tales médicos:

1º Homicidio imprudente: artículo 142: “1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

2º Lesiones imprudentes: art. 152: “1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

3° Aborto imprudente: art 146: “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

4° Lesiones imprudentes al feto: art. 158: “El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior¹⁶, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

5° Alteración imprudente del genotipo: art. 159,2: “Si la alteración del genotipo¹⁷ fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años”.

En cuanto a las modalidades de imprudencia, tras la reforma de la LO 1/2015, han quedado reducidas a grave (incluida la profesional) y menos grave, habiendo

¹⁶ Art. 157 CP: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

¹⁷ Art. 159,1:”Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo”.

desaparecido la leve, que queda adscrita al ámbito civil exclusivamente. Como indica el título de mi ponencia, voy a ceñirme a la imprudencia grave, con alusión a la profesional.

5.1 IMPRUDENCIA GRAVE.CONCEPTO

A la hora de definir la imprudencia grave, debemos incluir aquí los casos en los que la falta de previsión es más aguda y manifiesta; o sea, el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, aquellas que respetaría cualquier persona mínimamente cuidadosa. A diferencia de la menos grave, que debería incluir el mero descuido o desatención. Sin embargo, habría que estar al caso concreto y todas sus particulares circunstancias para determinar el grado de la imprudencia, no pudiendo establecerse criterios generales. Así, la STS 499/2003, de 4 de Julio (EDJ 2003/80507) establece que “Sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades.

La previsibilidad es un elemento inherente al mismo concepto de deber de cuidado. Sólo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado. Tal deber es inconcebible respecto de resultados no previsibles.

Se dice, y es cierto, que el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada "culpa con previsión", cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos.

En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito.

Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave.

Hay que estar a las circunstancias del caso concreto”.

5.2 IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Cuando hablamos de imprudencia profesional, estamos hablando del grado más alto que puede alcanzar la imprudencia de los profesionales- hasta el punto de conllevar, como vimos antes, penas de inhabilitación especial para profesión u oficio junto con las de prisión o multa aplicables a la imprudencia grave -.

A la hora de definir dicha imprudencia profesional, debemos partir de la diferenciación entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional, como hace la STS 547/2002, de 27-3 (EDJ 2002/12178), al establecer que “la introducción del concepto de culpa o imprudencia profesional, es el producto de un proceso legislativo que arranca de tiempos relativamente recientes, lo que no ha impedido que exista una profusa doctrina jurisprudencial sobre esta materia. Ante la exasperación de la pena que llevaba aparejada la calificación de la imprudencia como profesional, se construyó una sutil y en cierto modo artificial distinción entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional. Como había puesto de relieve la doctrina, el primer problema que suscita la imprudencia profesional es el relativo a si el subtipo agravado ha de aplicarse a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión, o si más bien es preciso e imprescindible que el sujeto del hecho imprudente sea un profesional de la actividad, que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible”.

Por su parte, en cuanto al concepto, la STS de 3-10-97 (EDJ 1997/6352) establece que “la imprudencia profesional se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación, que vienen marcadas por lo que se conoce en términos jurídicos como “*lex artis*”, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparte de esas normas específicas, que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe demandar un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida, en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen ese deber especial, porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el campo de los profesionales”

En la misma línea, la SAP Guipúzcoa de 7 octubre 2009 (EDJ 2009/405039) establece que “como es sabido, la imprudencia profesional incrementa el desvalor del hecho al producirse una vulneración de las reglas que diseñan el diligente hacer profesional. Su esencia radica, por lo tanto, en la omisión de los conocimientos específicos que tiene la persona por su especial formación (STS de 27 de marzo de 2002 EDJ 2002/12178), razón por la cual las reglas jurídicas que disciplinan su actuar alcanza un grado de exigencia cualitativamente importante, pues, ‘no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación’ (STS de 29 de noviembre de 2001 EDJ 2001/55983). Por tanto, existe imprudencia profesional cuando la negligencia por la que se condena aparece ligada a la infracción del cuidado exigido por la *lex artis* de la profesión concreta de que se trate”.

Resumiendo, dos son los supuestos que viene incluyendo aquí nuestro TS:

- La impericia o falta de sabiduría, práctica y habilidad en una ciencia o arte, que comprende tanto al que carece de conocimientos o títulos que acrediten aquéllas, como aquellos que, poseyéndolas, no lo demostraron cuando fuere menester.
- La negligencia profesional, entendida como la falta a las reglas del arte o profesión, exigibles para evitar o disminuirlos posibles riesgos dañosos que pueden

derivarse de su ejercicio; es, en definitiva, la falta de cuidado especialmente exigible al profesional por el simple hecho de serlo.

6.RESEÑA JURISPRUDENCIAL

6.1 IMPRUDENCIA PROFESIONAL

STS Sala 2ª de 27 marzo 2002(EDJ 2002/12178)

Del relato de hecho que hemos extractado, se desprenden tres circunstancias que adquieren una especial relevancia para la calificación jurídica del hecho:

a) Que se trataba de un embarazo de larga duración (42 semanas), lo que exigía una especial atención y cuidado con objeto de comprobar, en todo momento, si existían síntomas de sufrimiento fetal.

b) Que la acusada, si bien monitorizó a la embarazada el día anterior al parto, en el momento en que ingresa en la Clínica, sólo realiza una monitorización sin registro, que permite la escucha del ritmo cardiaco fetal, del cual, dadas las características técnicas del aparato no queda constancia. Según el ginecólogo, no observa aparatos de monitorización aplicados a la parturienta o cualesquiera otros de control cardiaco fetal.

c) Que al tener la evidencia de la aparición de síntomas de sufrimiento fetal, no requiere la intervención urgente de al menos uno de los siete ginecólogos que asistieron a los partos en ese día en la Clínica.

.- Nos encontramos ante una conducta claramente omisiva, no maliciosa, que constituye el arranque del que se debe partir para valorar la naturaleza del comportamiento que se imputa a la acusada. Como pone de relieve la sentencia recurrida, la omisión es especialmente relevante en el caso presente en cuanto que no se practica ningún tipo de control del ritmo cardiaco, del que pudiera desprenderse el evidente sufrimiento fetal.

Ello supone además la infracción de un deber objetivo de cuidado, derivado de una evidente falta de diligencia en la actividad que profesionalmente le estaba encomendada. Su desarrollo le hubiera permitido comprobar el sufrimiento fetal y actuar en consecuencia a la gravedad de la situación, que se le presentaba evitando así el resultado.

Con su forma de actuar crea un riesgo previsible y que, como ya se ha dicho, podía haber sido perfectamente evitado, actuando con arreglo a las pautas profesionales que exigían las circunstancias y que no eran otras que avisar a cualquiera de los ginecólogos que se encontraban en la Clínica para que actuaran urgentemente ante el sufrimiento del feto.

Es indiscutible que existe una evidente relación de causalidad, entre la actuación de la recurrente y el resultado producido, como se pone de relieve en la redacción del hecho probado al que ya hemos hechos referencia

Los conocimientos científicos más elementales en materia de partos, permiten establecer que, en los casos en que se observan síntomas de sufrimiento fetal, se deben poner en marcha todas las intervenciones necesarias para evitar que la prolongación

de este sufrimiento produzca efectos lesivos en el feto. En este caso se infringieron las normas de la práctica médica exigible, ya que era urgente e indispensable el control del foco de peligro que representaba la presencia del meconio expulsado, acelerando el parto o adelantando su producción mediante la práctica de una cesárea.

La temeridad observada, no sólo en el comportamiento de la recurrente, sino también en el médico ginecólogo, merece la calificación de temeraria. La omisión del control sobre la parturienta y el feto, la pasividad ante el hecho grave de la presencia de síntomas de sufrimiento fetal, no acudiendo a fuentes inmediatas de evitación del riesgo y limitándose a volver a llamar al ginecólogo, así como la pasividad de éste ante una situación que, por su profesión tenía que saber que era grave, permiten atribuir la imprudencia la máxima calificación posible con arreglo a los parámetros legales de la época en que sucedieron los hechos.

STS, 2.^a, S 26 de febrero de 2001 (EDJ 2001/2750)

Sentencia absolutoria en la instancia, amparándose en que la praxis quirúrgica fue correcta, condena al cirujano y ayudante instrumentista de quirófano por haber practicado artroscopia a un paciente en rodilla equivocada: fundamenta la sentencia en no tomarse por los acusados la mínima y más elemental precaución respecto a identificar la rodilla que debía ser operada siendo, pues, una intervención huérfana de diagnóstico previo, injustificada, in consentida e innecesaria que, de manera alguna puede ser calificada de «tratamiento médico curativo».

"En efecto, ningún debate suscita que el hacer de los acusados fue manifiesta y gravemente negligente al no tomar la más mínima precaución respecto a identificar y preparar la rodilla que debía ser operada, para lo que hubiera sido suficiente consultar el historial clínico de la paciente que estaba a su inmediata disposición. Esta omisión de las más elementales normas de cuidado que son exigibles a toda persona profesionalmente dedicada al ejercicio de la cirugía, *se ubica con toda claridad en el ámbito de la temeridad, es decir, en el marco de la imprudencia temeraria profesional, pues, cuando la culpa recae en un profesional que tiene saberes y posibilidades específicas de actuación, las reglas socialmente definidas alcanzan un mayor grado de exigencia, pues no son ya las comunes exigibles a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación técnica avalada por un título facultativo que certifican esos especiales y específicos conocimientos en el campo donde desarrolla su actividad profesional, con lo que la inobservancia de esas reglas que deben presidir su actuación generan un plus de antijuridicidad* (véase STS de 25 de mayo de 1999 [EDJ 1999/10317](#)) y, por consiguiente, un mayor reproche penal en relación con los bienes jurídicos afectados por las actuaciones que requieren un especial cuidado en su ejercicio, de suerte que la imprudencia del profesional en el ejercicio de su campo propio se perfila como una mayor gravedad en función del mayor nivel de exigencia a que éstos están obligados precisamente por disponer de una cualificación técnica sobre la actividad que desarrollan (véase STS de 8 de noviembre de 1999 [EDJ 1999/33602](#))".

STS Sala 2.^a de 19 julio 2002 (EDJ 2002/33106)

Los hechos enjuiciados, tal como han sido relatados en la declaración de hechos probados y nosotros hemos resumido más arriba, encajan sin duda alguna en la estructura del tipo de imprudencia que acabamos de trazar. En la ocasión de autos, la acusada realizaba voluntariamente una actividad no sólo legítima sino socialmente relevante cual es, en el ámbito de la medicina quirúrgica, la práctica de las técnicas de anestesia y reanimación con las que inevitablemente se crea un riesgo que la sociedad admite y previene con determinadas normas de cuidado. Algunas de estas normas imponen la necesidad de que quienes se proponen desempeñar dicha actividad hayan demostrado su capacidad técnica y obtenido la titulación oficial correspondiente.

La acusada ni tenía oficialmente reconocida específica capacidad para realizar labores de anestesia y reanimación en una intervención quirúrgica, puesto que era médico generalista, ni, en la ocasión en que los hechos acontecieron, observó una elemental norma de cuidado como es la de suministrar oxígeno a un paciente recién operado, aún intubado, inconsciente y todavía incapaz de respirar por sí solo. Este incumplimiento de la norma de cuidado atinente al caso revistió, además, la forma de un comportamiento activo radicalmente contrario a la "lex artis" puesto que la acusada, tras cerrar los grifos que suministraban oxígeno y protóxido de nitrógeno, dejó equivocadamente cerrado el primero y abrió el segundo, con lo cual era inevitable que se produjese en el organismo afectado un déficit de oxigenación. Como consecuencia de esta actuación la paciente sufrió una braquicardia cuya causa hubiera podido ser advertida por la acusada comprobando en el monitor el nivel de saturación de oxígeno pero, como no lo hizo, se limitó a aplicar medidas de reanimación que hubieran sido correctas si el origen de la braquicardia hubiese sido otro, de forma que cuando el suministro de oxígeno fue restablecido, gracias a la intervención de un especialista, la falta de oxigenación cerebral ya había ocasionado daños irreversibles que terminarían provocando el fallecimiento. La existencia de una actividad propia de una determinada especialidad de la profesión médica, en que concurrieron la impericia y la falta de la debida atención, unida a la producción de un resultado letal vinculado a aquella actividad por una indudable relación de causalidad, nos colocan ante la indiscutible realización del tipo objetivo de homicidio por imprudencia grave profesional.

Voluntariamente asumió el desempeño de las funciones de anestesista y voluntariamente dejó cerrado el grifo del oxígeno y abrió el del protóxido de nitrógeno, pues la manipulación de los grifos no fue menos voluntaria por el hecho de que se hiciese erróneamente por no prestar la exigible diligencia; como voluntario fue también -y atribuible tanto a falta de cuidado como a impericia- el hecho de no atender a los niveles de saturación de oxígeno que marcaba el monitor y no relacionar inmediatamente la braquicardia con el déficit de oxigenación.

SAP Cáceres de 2 mayo 2014 (EDJ 2014/85563)

Elsa, demandó, en el mes de octubre de 2003, de la Clínica "Cáceres Vital, SL.", sita en el num.2, bajo, de la calle Juan XXIII, de esta ciudad, franquiciada de la firma "Vitaldent" para esta ciudad, y cuya titular y administradora es la ahora acusada Edurne, cuyas demás circunstancias ya constan, la práctica de un tratamiento de ortodoncia para conseguir la alineación de diversas piezas dentarias. Para lo cual, por la responsable de esa clínica, fue remitida a la licenciada en odontología cometida de la realización en

dicho centro dental de tal clase de intervención y también acusada, Penélope, los datos de la que, asimismo, obran más arriba y, quien se encontraba vinculada a ese establecimiento sanitario en virtud de un suerte de contrato mercantil de prestación de servicios, pero sin que, en cambio, figure que realizase su labor profesional ni por cuenta de otra entidad ni por la propia y sin que, por tanto, hubiere otra forma de acceder a sus servicios que a través de la expresada franquicia., por esa doctora encartada, comenzó a practicarse el tratamiento de ortodoncia, ya a finales de 2004, dado que la paciente, a criterio de la dentista inculpada, ya estaba preparada para ello, aun a pesar de que la misma tenía un colmillo retenido o incluido en paladar, lo que desaconsejaba o contraindicaba la iniciación de esa intervención de alineación dental, al menos sin haber previsto con antelación, solución alguna para ese colmillo, ya extrayéndolo, ya procurando su bajada y tracción hacia la encía; y que, a la postre, supuso que dicho tratamiento, se revelase como incorrecto, pues ya desde el principio la paciente pudo advertir que "algo no iba bien", puesto que los dientes, en lugar de alinearse, se le iban torciendo cada vez más, lo que advirtió a la doctora quien, lejos de adoptar remedio alguno, prosiguió con la ortodoncia que, en cambio, no llegó a concluir al abandonar el establecimiento médico, por motivos personales al año de principiar su actuación.

Como consecuencia de la mencionada actuación sobre la boca de la paciente Elsa y, a causa de esa catastrófica planificación y supervisión de su tratamiento de ortodoncia y de la aplicación de "fuerzas inadecuadas" en curso, cuando ni siquiera debió iniciarse sin ofrecer una previa solución a la cuestión de la presentación por la misma de un colmillo retenido en el paladar, la misma padece severos déficits funcionales y estéticos, ya que la absorción de piezas remanentes hacen difícil cualquier planteamiento de rehabilitación mediante implantes o prótesis fijas.; y un importante defecto estético, estático y dinámico, estático al manifestarse en el hundimiento del surco naso-geniano izquierdo y dinámico, mucho más importante, ya que la pérdida de las piezas descritas impiden a la paciente hablar o reírse con naturalidad, lo que le ocasiona un importante obstáculo psicosocial,.

En el presente caso, el Juzgador de instancia atribuye a la acusada Penélope mala praxis profesional en el desarrollo de su actuación desplegada a resultados del tratamiento de ortodoncia dispensado a la paciente Sra. Elsa.

Gráficamente, los Peritos señalaban que los déficits severos que presentaba la Sra. Elsa tenían como causa "un tratamiento dental mal planificado y peor ejecutado, con olvido de los principios esenciales que deben regir la praxis médica".

En todo caso señala que el problema radicaba en que se inició el tratamiento "sin haber ofrecido una solución a un problema previo", que no era otro que el derivado del colmillo incluido o retenido en el paladar, problema que se ha comprobado a la vista de la prueba practicada que sigue manteniéndose cuando la acusada Sra. Penélope deja de prestar servicios en la clínica y cuando el proceso de atención a la paciente es asumido por una segunda odontóloga. Es a ello a lo que se refiere el informe de los médicos forenses, que hablan de una "pésima planificación", aludiendo precisamente a la existencia de ese canino incluido, que "contraindicaba la ortodoncia que comenzó a practicarse sin haberle extraído". Tal extremo, la ausencia de una coordinación adecuada, también era mencionado en el dictamen D. Sabino, e igualmente, este Perito advierte de los problemas que podían derivarse de la "falta de erupción del canino",

De lo que no cabe duda es que es ésta la que toma la decisión, en las circunstancias que se han apuntado, de colocar la "cadeneta" y activar el arco superior, iniciando el tratamiento ortodóncico. Es aquí donde el Juzgador, en coherencia con las conclusiones que se contienen en el informe médico forense, que como ya decíamos, establecen que el comienzo de la ortodoncia estaba contraindicado ante la existencia del canino incluido, estima que tal decisión adoptada en su momento por la ortodoncista acusada habría conculcado el principio fundamental de "no maleficencia", pues todas las consecuencias posteriores fueron perversas para la paciente, Ella era la responsable ortodoncista que asumió el tratamiento y que ninguna medida adoptó al respecto, pues nada hizo durante todo el tiempo que estuvo ocupándose de ella y que la propia recurrente cifra en el período comprendido entre febrero de 2004 y diciembre de ese año. Ha de coincidirse por tanto en el dato de que se ha producido la quiebra de la lex artis, entendida como el criterio valorativo de la corrección del acto médico específico de que se trate en cada caso. Es ello lo que se establece en los informes, llegando incluso a hablarse de "actuación médica catastrófica", de la que se han derivado los "severos déficits funcionales y estéticos" apreciados en la denunciante y difíciles de reparar.

A propósito de la condena de que es objeto la Sra. Edurne, partiendo de que si bien no se trata efectivamente de un profesional de la medicina, sí le alcanza la responsabilidad por su condición de titular del establecimiento sanitario, y las actuaciones desarrolladas en este concepto, insistiéndose en particular en que se habrían producido toda una serie de deficiencias en la prestación integral ofrecida, tales como "la ausencia de un plan de intervención terapéutica respecto a la paciente en cuestión que hubiera podido dar uniformidad al tratamiento a pesar de cualquier cambio en el personal encargado del mismo", e igualmente, "la falta de una dirección técnica que hubiera podido encaminar o encauzar el tratamiento con unidad de criterio y que se hubiera podido regir por los principios básicos de la práctica médica".

Así, se concluye que "un centro sanitario, desde un punto de vista estrictamente médico, cuando funciona con distintos profesionales en su plantilla debe tener los mecanismos necesarios para poder realizar los tratamientos que ofrece de forma continuada en el tiempo y en la técnica, sin que los cambios de la plantilla puedan originar retrasos en los tratamientos o cambios constantes de criterio".

Se alega sin embargo, ya lo veíamos, que la acusada Sra. Edurne, en su sola condición de administradora del establecimiento no tenía participación alguna en la toma de decisiones puramente clínicas y por tanto, que no tenía "el dominio del hecho" acerca de las consecuencias que las acciones u omisiones de los profesionales sanitarios contratados pudieran acarrear. Pero tampoco podemos desconocer cuáles sean las obligaciones y garantías que corresponden al propio centro, la posición de sus directores y responsables inmediatos, cuando se está hablando precisamente de que en el origen de los problemas y la posterior producción del resultado lesivo se encuentra también la ausencia de una adecuada dirección y coordinación y la falta de establecimiento de unas pautas de seguimiento que permitieran asegurar y supervisar la uniformidad del tratamiento con independencia del cambio de los profesionales que pudieran intervenir en cada momento".

SAP Guipúzcoa (sec. 1ª) de 07/10/2009 (EDJ 2009/405039)

"El acusado en su condición de médico, fue avisado por el servicio de urgencias para personarse en el domicilio del Sr. Faustino quien, según el aviso recibido, presentaba una fuerte presión en el pecho, quemazón al respirar, sudor frío y una temperatura de 34,7 grados. Que una vez en el indicado domicilio y mientras permaneció en él, el paciente mostraba aún sudor frío y dolor en el estómago, que le auscultó, le tomó la tensión y le palpó el abdomen y que tras extender un parte médico en el que hizo constar epigastralgia, obviando reflejar los antecedentes de infarto que existían en la familia y sobre los que fue informado, le recetó un vaso de leche, abandonó en el domicilio sin solicitar el traslado del paciente a un centro hospitalario a fin de que se le practicara un electrocardiograma, pese a que la sintomatología que presentaba podría corresponderse con una enfermedad coronaria grave que ponía en riesgo inminente su vida. Se dice, igualmente, que, apenas una hora y quince minutos más tarde, el Sr. Faustino fallecía de un shock cardiogénico causado por un síndrome coronario agudo, consecutivo a su vez a la trombosis aguda de la arteria circunfleja.

La actividad desplegada por el acusado, en su condición de médico, no se adecuó a las exigencias de la norma de cuidado y con ello incrementó notablemente el riesgo para la vida del paciente.

La significación del bien jurídico protegido (máxima, por tratarse de la salud o la vida de una persona), la relevancia del riesgo creado (ante situaciones como la descrita, resulta urgente actuar en la forma que fue omitida por el acusado) y la importancia de la cautela omitida (básica, por cuanto, en dichas situaciones, la realización urgente de pruebas diagnósticas adecuadas para preservar o revertir una situación potencialmente grave para la vida, se constituye en práctica habitual en el ejercicio cotidiano de la medicina), permiten concluir que la quiebra de la norma de cuidado reviste especial importancia.

Por último, puede afirmarse la imputación objetiva del resultado, por cuanto el acusado incrementó notablemente el riesgo respecto del que habría existido de obrar de forma prudente y esa omisión actuó sobre el nexo causal, convirtiéndose en un factor coadyuvante del resultado final, al cercenar definitivamente la única opción vital del enfermo.

El acusado quebró las reglas de diligencia que disciplinan su actuar profesional. En concreto, ante la presencia de antecedentes familiares cardiopáticos y síntomas compatibles con una afección cardíaca omitió la realización de pruebas diagnósticas complementarias a la simple exploración física -que se constituyen en práctica habitual en el ejercicio cotidiano de la medicina-, en aras a preservar o revertir una situación especialmente grave para la vida.

Existe, por lo tanto, una imprudencia grave profesional."

6.2 IMPRUDENCIA GRAVE

SAP Salamanca de 7 abril 2014 (EDJ 2014/70331)

Falta de consentimiento informado

"Proyectando sobre dicha doctrina jurisprudencial las consideraciones fácticas y revisión de la prueba anteriormente analizada, podemos afirmar la racionalidad de las inferencias a las que se llega en la sentencia impugnada, relativas a las omisiones del acusado en su labor profesional en este caso concreto, debiendo destacarse en tal sentido que el acusado debió por sí mismo llevar a cabo el consentimiento informado para la intervención quirúrgica que finalmente realizó, lo cual fue omitido por el acusado. Siendo así que el documento de consentimiento informado tiene importancia desde el punto de vista médico para que el consentimiento del paciente lo sea con conocimiento de causa, valorando los riesgos y las alternativas a dicha intervención. Y aunque la falta del citado documento de consentimiento informado no determina en todo caso la responsabilidad penal respecto de los resultados imprevisibles o inevitables, de la misma forma que su existencia tampoco excluye dicha responsabilidad en supuestos de impericia, sí que supone obviar el protocolo de la buena praxis médica exigible a los cirujanos que van a intervenir a un paciente, evidenciando una defectuosa praxis médica

Es claro que aun cuando en la intervención quirúrgica de la paciente no se cometió ninguna imperfección médica, sin embargo es lo cierto que se careció del **consentimiento informado** de la paciente, tratándose además de una intervención que desde el punto de vista de la salud de la misma no era necesaria, ni imprescindible, ya que, de hecho, a partir de las informaciones y consultas con la doctora que trataba a la paciente, Doña Carina, dicha paciente había decidido no realizarse tal operación, extirpación del fibroadenoma de la mama izquierda, pese a lo cual, y por una interpretación carente de la necesaria diligencia por parte del cirujano de los documentos y protocolo sobre la información y el consentimiento de la paciente, dicho cirujano llevó a cabo tal intervención quirúrgica produciéndole a la paciente las lesiones y secuelas acreditadas en el informe forense obrante en autos, que de haberse producido de manera dolosa habrían sido constitutivas de un delito de lesiones, por lo que la condena del ahora apelante como autor de una falta de lesiones por imprudencia grave del artículo 621.1, en relación con el artículo 147.2 CP [EDL 1995/16398](#) es a todas luces correcta".

Anestesista

STS de 7 de Julio de 1993 (EDJ 1993/6798)

"El 19 de diciembre de 1984, el cirujano oftalmólogo Dr. Julio procedió a intervenir quirúrgicamente en el "Hospital C." de San Sebastián al niño Gorka, de ocho años de edad, para corregirle un estrabismo convergente, contando para tal fin con el auxilio del Dr. ayudante Manuel, el A.T.S. Vicente, la Dra. anestesista Garbiñe, su ayudante la A.T.S. sor Encarnación y personal auxiliar compuesto por damas de la Cruz Roja. Tras entender la doctora anestesista no necesaria la monitorización del joven e inducirle la anestesia, procedió a abandonar la sala del quirófano con pleno conocimiento y consentimiento del cirujano jefe al objeto de realizar los preparativos propios de la siguiente intervención, a otro niño, de fimosis. Pasados unos minutos y encontrándose supliendo las labores propias de la doctora anestesista su ayudante la A.T.S. Juana, abandona asimismo la sala de operaciones para atender una llamada telefónica, sin que de nuevo el cirujano jefe oponga la más mínima objeción quedando entonces el joven intervenido bajo la vigilancia de sor Encarnación. Y es poco después

cuando el cirujano jefe se apercibe del oscurecimiento de la sangre del joven Gorka, signo evidente de carencia de oxigenación por parada cardíaca, por lo que interrumpió la operación, tratando de solucionar la crisis. Es cuando acudió la A.T.S. Juana y después la doctora anestesista. La operación a realizar en el joven Gorka presentaba un riesgo concreto de parada cardio-respiratoria. La falta de oxigenación en el cerebro duró entre tres y cuatro minutos. A consecuencia de la misma se le causó al paciente una lesión cerebral quedando en estado subreactivo en coma grado 2.3, sufriendo posteriormente en la Unidad de Vigilancia Intensiva una nueva parada, producto de la anterior, manteniéndose en vida puramente vegetativa hasta el día 12 de mayo de 1987 en que falleció.

El abandono del área del quirófano -por la anestesista- de un paciente no monitorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas; todo ello revelaba, además, grave negligencia y una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la situación del operado y de sus constantes biológicas. Ni el conocimiento y consentimiento del cirujano-jefe de su ausencia sirve de causa exculpadora porque el anestesista asume, dentro del equipo médico de que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad (preparación, ejecución y vigilancia del procedimiento de narcosis y control de las constantes biológicas del intervenido)no puede escudarse tampoco en la presencia de una A.T.S., experta en anestesia, porque el cometido de la anestesista es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico”

Odontólogo

SAP Girona de 2 febrero 2010 (EDJ 2010/57061)

"Por último, respecto a Teresa, según Dra. María Angeles y Dr. Eugenio se produjo una mala praxis en el tratamiento de la pieza 46, porque a pesar de que en la radiografía que obraba en la clínica del acusado, y que este tuvo en su poder y pudo observar -con independencia de que el tratamiento de la pieza se hubiera o no realizado en otro centro- se evidenciaba que la pieza presentaba una caries profunda obturada y se advertía una imagen compatible con un pequeño quiste, el acusado no hizo los controles y pruebas de vitalidad necesarias por si había de practicarse una endodoncia, ni sometió a la paciente al tratamiento adecuado para su solución -pues le prescribió antibióticos y colutorios cuando empezaron los problemas y no trató la pieza-, a consecuencia de lo cual el quiste creció -menoscabo físico calificable de lesión-, se tuvo que hacer una biopsia y proceder a la extracción quirúrgica (tratamiento), produciéndose una pérdida de hueso mandibular (menoscabo físico) que requerirá la regeneración ósea y la colocación de un implante osteointegrado. No podemos considerar, sin embargo, la obturación de 12 piezas dentales que en el informe del Dr. Eugenio se dice que resta por hacer sea una lesión imputable al acusado como se dice en los hechos probados porque la causa para efectuar la obturación no consta que sea debida a una mala praxis del acusado ni la obturación en sí, si esta indicada, puede considerarse una lesión".

Cirujano

SJPenal 3 Arrecife de 9-7-03 (EDJ 2013136438)

Resulta probado y así se declara, que el día 22 de febrero de 2008 fue intervenida quirúrgicamente de una patología nodular tiroidea de varios años de evolución Doña Edurne, en el Hospital de Lanzarote Dr. José Molina Orosa, por los cirujanos Romeo (cirujano principal) y Marcelino (primer ayudante), ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, finalizando la intervención a las 10:07 de la mañana, siendo que el Dr. Romeo con desprecio absoluto a sus obligaciones de prevención y previsión y asumiendo el riesgo que ello ocasionaba, no adoptó como medida de seguimiento una prueba hemostática antes del cierre de la herida operatoria que sirve para apreciar la existencia de posibles hemorragias y, además, durante el postoperatorio, no diagnosticó, ni adoptó ninguna medida que tuviera por objeto analizar los síntomas alarmantes que presentaba la paciente mientras estaba en la sala REA (reanimación) de los que tenía pleno conocimiento por el volumen de drenaje acumulado (150-200 ml/h) durante las dos primeras horas de reanimación, el apósito manchado de sangre, y las quejas constantes de la paciente por dolor incisante, a la que tuvieron que suministrar morfina en cinco ocasiones en intervalos de apenas 10-20 minutos, desde las 11:00 horas hasta las 12:05 horas. Sobre las 17.30 horas Edurne entró en parada cardiorespiratoria siendo trasladada a la unidad de cuidados intensivos donde, finalmente, el día 26 de febrero de 2008, se determinó su muerte cerebral irreversible.

En el presente caso el Dr. Romeo pese a que Edurne estaba presentando síntomas de estar sufriendo una hemorragia que le produjo una parada cardiorrespiratoria cinco horas más tarde, no percibió esos síntomas cuando deberían de haber sido advertidos claramente por él (la previsibilidad del riesgo como factor subjetivo del delito de imprudencia del que trata la jurisprudencia), ni tampoco dio indicaciones a los integrantes de la REA, ni a los enfermeros de planta de que su paciente corría el riesgo de sufrir una hemorragia en las primeras 6 horas desde la intervención, incluso por un simple ataque de tos y de cómo podían advertir los síntomas de una hemorragia para avisar en caso de aparecer los mismos

En conclusión, se considera que Romeo debe de responder por la muerte por imprudencia grave de Edurne, tanto por no haber tomado la medida de precaución y preventiva de una eventual hemorragia origen de un posible hematoma sofocante consistente en la prueba de la hemostasia antes de proceder al cierre de la herida mediante la elevación de la tensión arterial y, por no haber investigado, ni tomado ninguna precaución en el seguimiento del curso de la evolución de la paciente cuando la misma presentaba evidentes síntomas de estar sufriendo una hemorragia grave.

Dermatólogo

SAP Barcelona de 27 septiembre 2010 (EDJ 2010/235250)

" D. Modesto, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de médico especialista en dermatología, entre el mes de febrero del 2006 al mes de noviembre del mismo año, asistió en su consulta privada de la calle Córcega de Barcelona a la paciente Sonia, al objeto de tratarle de la psoriasis postulosa y el síndrome sapho que la Sra. Sonia tenía diagnosticado. Para ello le pautó un tratamiento

de calcio y vitamina D, suministrado por medio de un preparado de fórmula magistral que le recetaba al efecto y que la paciente debía retirar de una oficina de farmacia. Pese a que el tratamiento era objetivamente correcto, el acusado no practicó a la Sra. Sonia las analíticas pertinentes y periódicas para controlar los niveles de calcio y de vitamina D de la paciente y así ajustar la dosis precisa, de modo que en fecha 12 de diciembre 2006 la misma tuvo que ser ingresada en el Hospital de San Pablo de Barcelona a causa de una coma hipercalcémico originado por intoxicación de vitamina D.

En el caso que nos ocupa por parte del acusado se prescribió a una paciente un tratamiento prolongado en vitamina D y calcio, paciente que presentaba unos problemas de salud previos que hicieron aconsejable que se le prescribiera unas dosis más bajas de las normales, y pese a ello no se practicó a la misma por parte del doctor ninguna analítica de su nivel de calcio en sangre para controlar los efectos del tratamiento y ello pese a las advertencias al mismo por parte de la paciente de que tenía diversos síntomas como desvanecimientos cada vez más frecuentes, cayendo finalmente en un coma hipercalcémico. El no control de los efectos del tratamiento en la paciente, pese a conocerse que uno de los efectos de los referidos tratamientos es precisamente la posible aparición de una hipercalcemia, supone una dejación o descuido en la atención del paciente que conllevan que la conducta del acusado sea encuadrable dentro del tipo penal aplicado contemplado en el art. 152.1.1º

Aborto culposo

. SAP Almería de 11 julio 2008 (EDJ 2008/244222)

Se declara probado que en la mañana del día 27 de octubre de 1999, Teresa, gestante de 36 semanas, fue sometida a una ecografía en la que se detectó una placenta de grosor aumentado y una alteración del flujo telediastólico de la arteria umbilical, lo que suponía un considerable riesgo al tratarse, además, de una paciente diabética insulino-dependiente, por lo que el ginecólogo que le atendió en consultas externas del Hospital Torrecárdenas de Almería perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, el acusado Jesús Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, ordenó su ingreso en planta, que se realizó sobre las 13.10 horas del mismo día, prescribiendo la práctica de un TNS (test no estresante) y el parto por cesárea que se llevaría a cabo ese mismo día o el siguiente, en función del resultado del TNS y las órdenes del médico de planta, sin que conste que desde ese momento el acusado tuviera ninguna intervención en el seguimiento de la paciente durante su estancia hospitalaria, realizándose por la tarde el test no estresante, una ecografía así como la prueba de oxitocina (o Prueba de Pose) que tras ser valorados por el ginecólogo de guardia arrojaron resultado negativo, por lo que en la revisión de las 21 horas tras comprobar la normalidad de la frecuencia cardíaca fetal, el médico decide practicarle cesárea al día siguiente, sin que desde ese momento conste la realización de nuevas pruebas o controles para determinar el estado del feto, hasta que a primera hora de la mañana del 28 de octubre, al auscultar a la gestante y someterla a una ecografía en la que no se detecta latido cardíaco se diagnostica la muerte del feto, procediéndose a la inducción al parto que se realizó por vía vaginal en la mañana del día 29, concluyendo hacia las 15.30 horas sin que conste la participación del acusado en dicha actuación.

El ahora recurrente, una vez prescribió la orden de ingreso de la gestante, no tuvo ninguna otra intervención en el seguimiento de la paciente durante su estancia hospitalaria, ya que, como consta en el citado historial, las pruebas clínicas a las que fue sometida la paciente esa misma tarde, a saber, TNT, prueba de pose y, a tenor de la hoja de enfermería (folios 60 y 593) también una ecografía, fueron valoradas por otro médico, siendo todas ellas negativas, lo que descartaba la presencia en aquel momento de signos de sufrimiento fetal agudo, como explica el Médico forense en su informe pericial, debidamente ratificado por su autor en el plenario, de manera que la decisión de retrasar la cesárea al día siguiente debió ser adoptada, bien por el facultativo que analizó el resultado de la pruebas efectuadas por la tarde, bien por el que a las 21 horas anotó en el historial "mañana cesárea", ninguno de los cuales fue el acusado que tan sólo examinó a la gestante en consulta externa en la mañana del día 27, prescribiendo su hospitalización. Así pues, no son imputables al Dr. Jesús Carlos las insuficientes medidas de control puestas de manifiesto en el informe pericial y que, a juicio del Forense, habrían determinado el fallecimiento del feto por anoxia cerebral provocada por sufrimiento fetal agudo, hecho detectado en la mañana del día 28 y que debió producirse en todo caso después de las nueve de la noche anterior cuando el médico de planta -que no es el acusado- prescribe la cesárea para la mañana a la vista de las pruebas realizadas esa tarde y previamente valoradas por otro facultativo, que tampoco es el ahora apelante, no apreciándose anomalía alguna en la frecuencia cardíaca fetal en el control realizado en hora indeterminada de la noche pero en todo caso anterior a las dos de la madrugada, como resulta del seguimiento de enfermería (f. 60 y 593), siendo en ese lapso de tiempo cuando debió producirse el fatal desenlace,

MIR

SAP Málaga de 12 enero 2007 (EDJ 2007/132995)

Sentado lo anterior, se discute por el recurrente la condena de la segunda denunciada D^a Verónica que a la sazón era únicamente una MIR (Médico Interno Residente) y cuya intervención en los hechos debe quedar, por tal condición, exenta de responsabilidad. Y tal pretensión sí debe tener favorable acogida, pues recordando aquí lo anteriormente expuesto solo el trabajo en equipo, y relacionado con ello, el Tribunal Supremo viene entendiendo que el Médico Interno Residente se limita a realizar una asistencia sanitaria tutelada. Es un médico que se encuentra aún en formación, bajo la dependencia del Jefe de Servicio o médico titular con el que interviene, y es éste quien responde por los actos que aquél realiza, al incumplir el deber de vigilancia, con la excepción, claro está, que el MIR asuma indebidamente una actuación, en cuyo caso estaríamos en un supuesto de culpa por asunción. En el presente caso, no se ha discutido de contrario el carácter de MIR de la condenada, y no se ha acreditado, ni discutido, extralimitación alguna de sus funciones, por lo que en virtud de lo reseñado, procede acordar la libre absolución de esta condenada, extremo este en que se revoca la sentencia de instancia.

STS de 28 de Diciembre de 1990 (EDJ 1990/12099)

“Sobre las 18 horas del día 7 de septiembre de 1985, ingresó en el Servicio de Urgencias del "Hospital P." de esta ciudad, Humildad, que padecía un "absceso perianal", siendo atendida por la Doctora María Luisa, que se encontraba de guardia, y que decidió proceder a intervenir quirúrgicamente a la misma, poniéndolo en conocimiento del Servicio de Anestesia y Reanimación. El procesado Juan Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, prestaba servicios en el citado hospital, como Médico Interno Residente (MIR) desde el mes de mayo del mismo año, en virtud de

contrato laboral de formación postgraduada de asistencia médica, y se encontraba en consecuencia, realizando su primer año de práctica y especialización, en régimen rotatorio, y adscrito al referido Servicio de Anestesia y Reanimación del que era Jefe el Doctor P. El sistema de guardias que regía en dicho servicio, al igual que en otros del mismo hospital, era el de "guardia localizada" del Jefe del Servicio, con presencia física de un médico, que podía ser residente, sin que se hubiese aplicado aún al servicio mencionado, la normativa interna del centro, implantada en mayo de 1985, según la cual, las guardias debían hacerse con presencia física de los médicos del "staff" si bien. el médico residente estaba obligado a avisar al médico de "staff" localizado, para la realización de cualquier acto médico. Sin embargo el procesado, incumpliendo dicha obligación, establecida en el Reglamento Interno del Hospital, así como por la Comisión Nacional de la Especialidad de Anestesia y Reanimación, decidió intervenir por sí solo en la operación, que se practicó a las 20 horas, aplicando a la referida paciente anestesia general, sin dar aviso al Jefe del Servicio Dr. P., no obstante la extrañeza de la María Luisa, y a pesar de que no existía razón médica que exigiese la inmediata intervención e impidiese esperar, para su realización, a que estuviese presente el Jefe del Servicio, dando lugar a que cuando, una vez finalizada la operación, se presentó a la paciente un "espasmo de glotis" con una grave insuficiencia respiratoria, el procesado no logró hacer frente adecuadamente a la complicación, y no consiguió intubarla, a pesar de haberlo intentado repetidamente, hasta que ya con la enferma en estado de inconsciencia, pudo finalmente serlo por el ATS Vicente, momento en que el procesado dio aviso al Jefe del Servicio, que se presentó a los pocos minutos en el Hospital, pero cuando la paciente se encontraba ya en estado de coma”.

Médico de urgencias (imprudencia menos grave)

SAP Las Palmas de 25 de Octubre de 2016 (EDJ 2016/249852)

UNICO.- Queda probado y así se declara expresamente que el día 8 de enero de 2014, sobre las 8:49 horas, D. Gabino, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba prestando funciones de médico del servicio de urgencias en el Centro de Salud DIRECCION000 de Las Palmas de Gran Canaria, perteneciente al Servicio Canario de Salud, cuando atendió al menor de once años Carlos Francisco, que fue llevado por su madre, Doña Ruth, debido a un fuerte dolor en el testículo izquierdo que había empezado esa mañana, presentando como síntomas dolor, edema, induración y aumento de volumen del testículo izquierdo, el cual se mostraba muy doloroso a la palpación y percusión. Tales síntomas eran compatibles con una torsión testicular, dolencia que exigía tratamiento quirúrgico urgente e inmediato, ante la probable pérdida de vitalidad del testículo, que obligaría a su extirpación. Sin embargo el acusado, que por su profesión debía conocer estas circunstancias y la actuación a seguir, en lugar de remitir rápidamente al menor al servicio de urgencias del Hospital Materno Infantil de esta capital para que se procediese a intervenirle quirúrgicamente, se limitó a decirle a su madre que pidiera hora con su pediatra para que lo viera ese día, sin asegurarse siquiera de que dicho especialista lo examinara de inmediato. El paciente fue examinado por el pediatra del Centro de Salud a las 16:24 horas de ese día, quien de inmediato lo derivó urgentemente al mencionado centro hospitalario, donde fue intervenido quirúrgicamente sobre las 20:24 horas, tras diagnosticarle el cirujano una torsión testicular izquierda con ausencia de registro o circulación en el testículo y epidídimo izquierdos, por lo que se procedió a la extirpación de aquél

Como consecuencia de estos hechos, Carlos Francisco permaneció incapacitado para sus ocupaciones habituales durante 40 días, quedándole como secuela un perjuicio

estético ligero alto, por la extirpación del citado testículo.

SEXTO.- Así las cosas, no cabe duda, como bien se expone en la sentencia de instancia, que el facultativo de urgencias en definitiva desarrolló y ejecutó una desacertada actuación médica en lo que a la atención del menor y posterior toma de decisión se refiere. Tal actuación deriva de la forma de proceder tras ese primer esencial examen, cuando la madre acude con su hijo menor de 11 años al servicio médico de urgencias, presentando este último como síntomas claramente detectables un fuerte y agudo dolor en su testículo izquierdo, con aumento de volumen del mismo en comparación con él no afectado.

El menor sufrió una torsión en su testículo izquierdo, de la que derivó una intervención quirúrgica tardía que dio lugar a la extirpación final de ese miembro. Sabido es que para corregir tal patología se precisa la mayoría de las veces de una cirugía, la cual debe llevarse a cabo lo antes posible, aconsejando la experiencia médica que lo más conveniente es que se ejecute dentro de las seis horas siguientes a su manifestación, para poder evitar la pérdida traumática del miembro afectado y, en su caso, mantener su funcionalidad.

La torsión testicular es una afección que es más común en el primer año de vida y al comienzo de la adolescencia, (pubertad), y no se debe olvidar que el menor afectado en este caso por la misma contaba con 11 años de edad. Edad por tanto acorde con uno de los momentos vitales en los que se puede presentar tal dolencia con más frecuencia. Igualmente, no se debe de dejar de lado los síntomas referidos, (dolor e hinchazón), los cuales además pueden ir acompañados o no de otros como son las náuseas o vómitos, aunque los ya constatados son por sí relevantes para no descartar por el facultativo de urgencias, al menos como probable, el diagnóstico referido. Y así, en lugar de remitir al menor de manera genérica al pediatra o al servicio de pediatría en cuestión, debió considerar la conveniencia de que se practicase de manera inmediata la ecografía doppler del testículo afectado para revisar el flujo sanguíneo y acordar que fuese, en su caso, tratado por el equipo médico competente para la práctica de la intervención correspondiente. Ciertamente todo esto finalmente se practica pero fuera de las primeras y determinantes seis horas y por remisión, no del facultativo de urgencias, sino del pediatra quien examinó al menor a primera hora de la tarde, (el menor acudió con su madre al servicio médico de urgencias por la mañana, a primera hora, y el dolor había comenzado una hora antes aproximadamente).

Resulta por tanto obvio que la tardanza en la emisión final del diagnóstico de tal dolencia fue la que determinó que fuese irremediable la extirpación quirúrgica del testículo afectado. Esta consecuencia bien pudo ser evitada, como con claridad meridiana se expone en la resolución recurrida, si el facultativo de urgencias hubiese tenido en cuenta también como posible la torsión testicular, lo cual, como se ha puesto de relieve, ante la evidencia de los síntomas, no debió en principio descartar sin más. Y conforme a ello, debió adecuar su actuar profesional a tal posibilidad y en lugar de la derivación ordinaria al pediatra, debió acordar con inmediatez la práctica de la citada prueba, (eco doppler) y, al no poder ejecutarla en el centro donde prestaba sus funciones, (centro de salud de Canalejas), derivar a tal fin y de manera inmediata al menor a otro, (Hospital Materno Infantil), haciendo las oportunas observaciones sobre la posibilidad de que pudiese concurrir la referida dolencia, para que allí se hiciese tan necesaria prueba efectos de confirmar o no el diagnóstico probable y, en su caso, sin

solución de continuidad se practicase la intervención quirúrgica, como finalmente, aunque tardíamente tuvo lugar. Su actuar imprudente queda por tanto reflejado en no haber tenido en cuenta la dolencia referida, siendo la misma probable atendiendo a los evidentes síntomas que el menor presentaba, y la generación por tal motivo de un retraso fatal en la confirmación médica de la misma, lo que determinó la imposibilidad práctica de salvar testículo izquierdo del menor, a pesar de la intervención quirúrgica practicada.

Esta Sala, con lo expuesto hasta aquí, considera lógica y coherente la convicción probatoria de la sentencia recurrida y, en consecuencia, que el actuar médico que nos ocupa choca de manera inexcusable con los principios que han de regir una correcta práctica médica y, por ende, no cabe más que entender que el proceder del facultativo en el servicio de urgencias del centro de de salud de Canalejas ha de considerarse exento del buen y común hacer exigible y por tanto negligente.

SÉPTIMO.- Ahora cabe entrar en la última parte del recurso, para analizar y delimitar el alcance de la negligencia constatada.

En tal sentido conviene destacar que para que la reacción punitiva sea legítima, ha de ser legal y funcional, esto es, útil para castigar y prevenir conductas que lesionan o ponen en intolerable peligro bienes jurídicos o principios organizativos esenciales para las personas y para la sociedad que éstas forman, cumpliendo a tal fin las exigencias propias que derivan igualmente del principio legalidad, por cuanto no es el Juez sino el legislador a quien incumbe la fijación de los tipos y las penas.

Sentado lo anterior, para valorar el alcance de la actuación negligente del profesional médico que nos ocupa, hay que partir de que los hechos acaecen antes de la entrada en vigor de reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, significando que tras la misma ha desaparecido de la esfera penal la falta de imprudencia que se tipificaba como tal en el art. 621 del C. Penal, que distinguía, en su apartado 1º, la imprudencia grave cuando se causaren algunos de los daños corporales del antiguo art. 147.2, y, en su apartado 3º, la imprudencia leve cuando se causará un menoscabo corporal constitutivo de delito. Como delito se tipificaba en el antiguo art. 152 la imprudencia grave que generaba daños corporales encuadrables en los arts. 147.1, 149 y 150, sin olvidar su último apartado que alude expresamente a un plus punitivo que se hace derivar de la imprudencia profesional.

Ahora, y tras la reforma referida, para el caso de lesiones imprudentes el legislador deja fuera de la órbita penal las lesiones causadas por imprudencia leve y el art. 152 distingue entre imprudencia grave y menos grave. Así el antiguo art. 152, tiene hoy su correspondencia con el vigente art. 152 apartado 1º, pero además crea un subtipo de imprudencia grave de rango inferior que se denomina "menos grave", a la cual se le da entrada en el vigente art. 152.2 y cuya previsión punitiva solo se proyecta para los resultados lesivos con encaje en los arts 149 y 150, sin dedicar en tales casos ningún espacio específico a la imprudencia profesional, la cual encuentra su ámbito de aplicación solo para el caso de que la imprudencia se considere grave y no menos grave.

Por consiguiente, en el caso de que se trate de hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma, cuando la imprudencia no se considere grave sino menos grave y

suponga la causación de una lesión de los arts 149 o 150, esta cuestión ha de resolverse mediante la aplicación del precepto penal más favorable, (art. 2.2 del C. penal). La anterior legislación distinguía entre imprudencia grave y leve, sin mencionar la menos grave, lo que nos lleva a considerar que esta última es una derivación de la grave que ahora se gradúa en dos distintos niveles, por lo que sí se estima que concurre el segundo nivel, es decir, el menos grave, será de aplicación, aunque los hechos en cuestión se produjesen con anterioridad a la entrada en vigor de la Lo 1/2015, lo dispuesto en el vigente art. 152.2, siempre y cuando lo permita el resultado lesivo a tener en cuenta, pues si el resultado fuese del previsto en el art. 147, aunque sea del apartado primero, quedaría tal situación fuera de la órbita penal.

Dicho esto, y centrando la cuestión al caso concreto que nos ocupa, resulta que la mecánica comisiva que se relata hace que se produzca de manera irremediable un resultado lesivo. La probabilidad de producción de tal resultado pudo reducirse ostensiblemente de haberse diagnosticado con la antelación suficiente la dolencia que lo provoca y se hubiese llevado a cabo el necesario tratamiento dentro de las seis horas siguientes al inicio del dolor. Esa pérdida del testículo izquierdo se considera en la sentencia de instancia de miembro no principal, (consecuencia lesiva que se recoge en el citado art. 150), lo cual en esta alzada no se discute y resulta además avalado por la pervivencia de la funcionalidad reproductora gracias a la existencia del otro testículo, el cual en modo alguno se ve afectado y está plenamente operativo. (ver a tal fin entre otras la STS 1300/2004, de 16 de Noviembre).

Llegados a este extremo nos queda por determinar la importancia que se ha de dar a la imprudencia cometida, para lo cual resulta de relevancia lo hasta aquí expuesto. Y ello, nos lleva a diferir de lo establecido en la sentencia de instancia y entender que la imprudencia del médico actuante no tiene la consideración de grave. Ello es así, dado que el hecho de no tener en cuenta un posible diagnóstico, viable a la vista de los síntomas presentados por el paciente, determina, por la posterior tardanza en practicar una necesaria intervención quirúrgica, la pérdida de un miembro no principal. Consecuencia esta última que no hubiese quedado totalmente descartada de actuar en el debido y concreto momento, si bien dicha probabilidad lesiva se hubiese visto reducida sensiblemente. Así, se entiende por esta Sala que la imprudencia y responsabilidad del facultativo resulta clara, pero sin alcanzar el nivel de gravedad dado en la sentencia, quedando relegada a ese nivel inferior de gravedad que ahora por el Código penal se denomina menos grave. No se ha de perder de vista que el facultativo actuante tuvo en cuenta otros posibles diagnósticos también probables y que derivó al pediatra por la vía ordinaria al menor.

Así pues, teniendo en cuenta cuanto antecede y aunque se trate de hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/15, cabe encuadrar la imprudencia del facultativo en cuestión en el vigente art. 152.2, por conllevar la pérdida de un miembro no principal.

BIBLIOGRAFIA

- RODRIGUEZ VAZQUEZ, VIRGILIO: "Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias" Ed. Marcial Pons,. Madrid, 2012.

-GALAN CACERES, JUAN CALIXTO: "Medicina y responsabilidad Legal". 2014, Badajoz. Autoedición

-BENITEZ ORTUZAR, IGNACIO FRANCISCO: "Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios". Ed. Dykinson, 2009...

-QUINTERO OLIVARES, GONZALO: "Manual de Derecho Penal" 2ª Edición. Editorial Aranzadi. Navarra, 2000.

- JORGE BARREIRO, ALBERTO: "La Imprudencia Profesional". C.G.P.J. 1993

-ROMERO CASABONA: "El médico ante el Derecho".1988

-MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, JOSE MANUEL: " La responsabilidad penal del médico y del sanitario" Ed. Colex. Madrid, 1997

- BENTABOL MANZANARES, FERNANDO: "Responsabilidad Médica. Una aproximación a su problemática" (ponencia) CEJ, Madrid 2002

-GALAN CACERES, JUAN CALIXTO: "El nuevo escenario legal y jurisprudencial en la imprudencia sanitaria" (ponencia) CEJ, Madrid 2015

-HUETE PEREZ, LUIS "La imprudencia médica en la doctrina y ñla jurisprudencia" (ponencia) CEJ, Madrid 2012